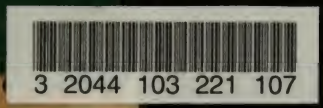

3 2044 103 221 107

Digitized by Google

H.

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ALEXANDER LOEFFLER

Received April 12, 1932

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Das

Preußische Strafrecht.

Von

Hugo Hälschner,
Doctor und Professor der Rechte an der Universität zu Bonn.

Erster Theil.

Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechtes.

Bonn,
bei Adolph Marcus
1855.

Digitized by Google

Ziffer 5

Geschichte

des

Brandenburgisch-Preußischen Strafrechtes.

Ein

Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechtes.

Von

Hugo Hälschner,
Doctor und Professor der Rechte an der Universität zu Bonn.

Bonn,
bei Adolph Marcus
1855.

980
HAE
Digitized by Google

Cr Th
H134f

APR 12 1932

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

Erstes Kapitel. Das Strafrecht des Mittelalters.

§. 1. Der älteste Rechts- und Verfassungszustand der Mark Brandenburg 5

§. 2. Die strafrechtlichen Zustände des Mittelalters . . . 14

§. 3. Die Elemente der Fortbildung des Strafrechtes . . 27

§. 4. Das Strafrecht des Sachsenspiegels 32

§. 5. Das Strafrecht der Mark Brandenburg auf der Grundlage des Sachsenspiegels 49

Zweites Kapitel. Die Umbildung des Strafrechtes am Ende des 15ten und Anfange des 16ten Jahrhunderts.

§. 6. Der Einfluß des wormser Landfriedens 57

§. 7. Die Umbildung des Strafverfahrens und dessen Einfluß auf das Strafrecht 59

§. 8. Die tyroler Malefizordnung, die radolphzeller Halsgerichtsordnung und die wormser Reformation 71

§. 9. Die Bambergensis und Carolina 78

§. 10. Die Umbildung des brandenburgischen Strafrechtes unter dem Einflusse der Bambergensis und Carolina . 96

Drittes Kapitel. Die Entwickelung des deutschen und des brandenburgisch-preußischen Strafrechtes im 16ten, 17ten und Anfange des 18ten Jahrhunderts.

§. 11. Die Landesgesetzgebung, insbesondere die brandenburgische, im 16ten Jahrhundert 115

§. 12. Die strafrechtliche Doctrin des 16ten Jahrhunderts in ihrem Verhältnisse zur Gesetzgebung und Praxis . . . 118

§. 13. Die sächsischen Criminalisten des 17ten Jahrhunderts . 126

§. 14. Die strafrechtliche Gesetzgebung und Praxis der Mark Brandenburg im 17ten Jahrhundert 131

Digitized by Google

Seite

§. 15. Der Verfall des gemeinen Strafrechtes im Anfange des 18ten Jahrhunderts 136
§. 16. Die Strafgesetzgebung Friedrich Wilhelms I. . . . 143

Viertes Kapitel. Das deutsche und preußische Strafrecht im Zeitalter Friedrichs des Großen.

§. 17. Die Elemente der Fortbildung des Strafrechtes . . 154
§. 18. Der Zustand der strafrechtlichen Praxis 162
§. 19. Die Wissenschaft und ihre Forderungen an die Gesetzgebung 165
§. 20. Die preußische Gesetzgebung unter Friedrich dem Großen . 172
§. 21. Die preußische Strafrechtspflege und das Verhältniß des Königs zu ihr 183

Fünftes Kapitel. Die Strafgesetzgebung des Allgemeinen Landrechtes für die preußischen Staaten.

§. 22. Die Entstehung der landrechtlichen Strafgesetzgebung . 189
§. 23. Die leitenden Gesichtspunkte bei der Abfassung der landrechtlichen Strafgesetzgebung 192
§. 24. Charakteristik der Strafgesetzgebung des Landrechtes . 207

Sechstes Kapitel. Das preußische Strafrecht seit der Zeit des Allgemeinen Landrechtes.

§. 25. Das preußische Strafrecht am Ende des 18ten und Anfange des 19ten Jahrhunderts 231
§. 26. Die preußische Strafgesetzgebung von 1805 bis zum Strafgesetzbuche von 1851 251
§. 27. Die Revision der Strafgesetzgebung und das Strafgesetzbuch von 1851 261

Digitized by Google

Einleitung.

Die Voraussetzung, von welcher jeder irgend Kundige bei der Betrachtung der geschichtlichen Entwickelung, wie eines jeden deutschen Partikular-Strafrechtes, so auch des brandenburgisch-preußischen, ausgehen, und welche er durch das Ergebniß solcher Betrachtung bestätigt finden wird, kann keine andere sein als die, daß dieses Strafrecht eine selbständige Geltung und Bedeutung nicht in Anspruch nehmen kann, daß es vielmehr vom Beginne seiner Entwickelung bis zum heutigen Tage nie etwas Anderes als eine individuell bestimmte Erscheinungsform des deutschen Strafrechtes war, und daß selbst die vom Allgemeinen Landrecht bewirkte völlige Loslösung des preußischen vom gemeinen deutschen Strafrechte nur eine formelle Bedeutung hatte, in materieller Beziehung aber das Verhältniß beider zu einander zunächst nicht änderte.

Die Geschichte des brandenburgisch-preußischen Strafrechtes ist darum nicht bloß innig und unauflöslich mit der des deutschen Strafrechtes verflochten, sondern ist selbst nur ein wesentlicher Bestandtheil derselben. Nie ist das brandenburgisch-preußische oder irgend ein deutsches Partikular-Strafrecht in der Art neben der Entwickelung des gemeinen deutschen Strafrechtes hergegangen, daß es, von diesem ausgehend, um seinen besonderen geschichtlichen Voraussetzungen und Bedürfnissen zu entsprechen, das ge-

Digitized by Google

meine Strafrecht in eigenthümlicher Weise gestaltet, ergänzt, fortgebildet, und dann in solcher Gestalt sein selbständiges Leben für sich geführt hätte, sondern es gab zugleich stets dem gemeinen Rechte das was es von ihm empfangen hatte, in reicherem Maße zurück, um immer von neuem aus ihm zu schöpfen und sich selbst zu bereichern. Darum hat auch das gemeine deutsche Strafrecht seine geschichtliche Entwickelung bei weitem nicht bloß aus sich selbst und durch seine eigne Kraft vollbracht, sondern fortwährend nur durch die mithelfende Thätigkeit der partikulären Rechtsbildung, in welcher deshalb der eigentliche Lebensquell für die Fortbildung des gemeinen Strafrechtes fließt.

Die Bedeutung der Geschichte eines deutschen Partikular-Strafrechtes, und besonders eines so bedeutsamen wie des preußischen, ergiebt sich damit von selbst. Ist seit einem Jahrhundert die Gesetzgebung der deutschen Staaten gerade auf dem Gebiete des Strafrechtes außerordentlich thätig gewesen, und hat sie das gemeine Strafrecht in seiner praktischen Geltung auf ein höchst geringfügiges Gebiet des deutschen Vaterlandes beschränkt, so ist es doch, wenn von dem nationalen Bedürfnisse auch im Rechte die nationale Einheit möglichst zu bewahren und durch die Erinnerung an die gleiche und gemeinsame geschichtliche Entwickelung das Bewußtsein derselben wach zu halten, ganz abgesehen wird, ein wesentliches Bedürfniß für das Partikular-Strafrecht selbst, daß der Ast von dem Stamme, aus dem er erwachsen ist, und von dem er sein Leben empfangen hat, nicht losgelöst werde. Wenn die partikularrechtliche Verschiedenheit der deutschen Strafgesetzgebungen eine nur individuelle ist, während das Allgemeine, der wesentliche, eigentlich rationelle, begriffliche Gehalt unserer strafrechtlichen Institutionen nicht das Produkt preußischer, sächsischer, bayrischer, sondern national deutscher Rechtsentwickelung ist, so kann auch eine eigentlich wissenschaftliche Erkenntniß und Durchdringung des Partikular-Strafrechtes nur möglich sein, indem es in seiner geschichtlichen Entwickelung als das Ergebniß gemeiner deutscher Rechtsbildung erfaßt und fortwährend auf diese Grundlage zurückgeführt wird. Wie sehr solche wissenschaftliche Erkenntniß Noth thut, wie sehr sie die Grundlage

Digitized by Google

einer lebenskräftigen Praxis ist, die nicht mehr in jedem Momente des Zweifels sehnsüchtig nach deklarirenden Ministerial-Rescripten und neuen Akten der Gesetzgebung sich umsieht, bedarf keines Beweises.

Die Geschichte des Partikular-Strafrechts ist aber andererseits nicht minder bedeutsam für das gemeine Strafrecht und dessen Geschichte. Eine Geschichte des deutschen Strafrechts, die ihr Material nur aus den gemeinrechtlichen Quellen schöpfen wollte, würde nothwendig dürr und inhaltsleer, und weit davon entfernt sein, für irgend einen Zeitpunkt eine lebendige Anschauung des bestehenden strafrechtlichen Zustandes zu gewähren. Die reichste Quelle fließt in der Geschichte des Partikular-Strafrechtes, und schwerlich wird die Darstellung der Geschichte des deutschen Strafrechtes mit genügenderem Erfolge als von Henke und Roßhirt [1]) unternommen werden können, bevor nicht diese Quelle in reicherem Maße als bisher erschlossen ist.

Hieraus ergeben sich aber zugleich die eigenthümlichen Schwierigkeiten für die geschichtliche Darstellung eines Partikular-Strafrechtes. Einerseits soll sie sich auf dieses, hier das brandenburgisch-preußische Strafrecht, beschränken; andererseits gewinnt sie ihre ganze Bedeutung erst durch ihre unlösliche Verbindung mit der Geschichte des gemeinen deutschen Strafrechtes, die überdies bis heute erst für ihre Vorzeit durch Wilda eine genügende und erschöpfende Darstellung gefunden hat. Es schien diese Schwierigkeit nur dadurch zu lösen, daß diese geschichtliche Darstellung nicht lediglich auf sich selbst beschränkt, sondern als ein, wenn auch geringfügiger Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechtes aufgefaßt wurde. Darum wurde der Versuch gemacht, in jeder einzelnen Periode wenigstens den Standpunkt und die wesentlichsten Bildungselemente des gemeinen Strafrech-

1) Die fortlaufende Verweisung auf diese bekannten, wenig Ausbeute gewährenden, Werke ist im Folgenden absichtlich vermieden, wie überhaupt Verweisungen auf die Litteratur auf das Nothwendigste beschränkt sind, und nur da stattfanden, wo wirklich aus den betreffenden Werken geschöpft wurde. Insbesondere ist auch die sehr häufig sich darbietende Gelegenheit zur Polemik gegen abweichende Ansichten möglichst umgangen worden, um nicht die Uebersichtlichkeit der Darstellung durch zu vielfache Abschweifungen zu stören.

Digitized by Google

tes kurz zu charakterisiren, um sodann das brandenburgisch-preußische Strafrecht in seinem Verhältniß zu ihm, als aus ihm hervorgehend und auf dasselbe zurückwirkend, darzustellen. Diese Erweiterung der Aufgabe wird es zugleich rechtfertigen, wenn das gemeine Recht nicht immer nur in dem Maße als es der nächste Zweck erforderlich machte, berücksichtigt, sondern dieses Maß, wo die ungenügenden Ergebnisse der bisherigen Forschung dazu Veranlassung gaben, mitunter überschritten wurde. Ebenso war die Berücksichtigung anderer Gebiete des Rechtslebens, insofern sie auf die Entwickelung des Strafrechtes von Einfluß waren, namentlich der Gerichtsverfassung und des Strafprozesses, nicht zu vermeiden.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Das Strafrecht des Mittelalters.

§. 1.

Der älteste Rechts- und Verfassungszustand der Mark Brandenburg.

Die Mark Brandenburg ist nicht bloß das Land gewesen, um welches herum durch Anwachs sich allmälig der preußische Staat in seinem gegenwärtigen territorialen Umfange bildete, sondern ihr Rechts- und Verfassungszustand war zugleich auch der Keim, aus welchem, unter dem mitwirkenden Einflusse theils der allgemeinen deutschen, theils der partikulären Rechtsbildung einzelner hinzuerworbener Provinzen, Recht und Verfassung des preußischen Staates sich entwickelten. Es ist schon wiederholt und mit Recht darauf hingewiesen worden, wie gerade die Marken von Anfang an dazu geeignet waren, den Kern eines sich selbständig entwickelnden Staatswesens zu bilden. Der Grund davon lag nicht bloß in der ausgedehnten Macht, welche, veranlaßt durch das Bedürfniß einer wirksamen Grenzvertheidigung, die Markgrafen schon durch die karolingischen Einrichtungen erhalten hatten, sondern auch darin, daß der größere Theil des Gebietes der Marken erobertes Land war, in welchem sich die Bedingungen eines den übrigen Territorien des Reiches völlig gleichen Verfassungszustandes nicht vorfanden, daß darum hier das Bedürfniß eines abweichenden, eigenthümlichen Verfassungszustandes von jeher ein unabweisbares war, und daß auch fernerhin die Marken einer möglichst unabhängigen Stellung bedurften, sollten sie ihrem Berufe: das deutsche Reich im Süden und Osten gegen den äußeren Feind zu schützen und ihre fremdartigen Volks-

Digitized by Google

bestandtheile für deutsches Rechts- und Staatsleben zu gewinnen, genügen.

Nachdem durch Albrecht den Bären und sein Geschlecht die Mark Brandenburg als solche gegründet war und sich auf dem rechten Ufer der Elbe mehr und mehr ausgedehnt hatte, bildete sich zugleich der eigenthümliche Rechtszustand der Mark, wie wir ihn aus den Andeutungen des Sachsenspiegels, der Glosse desselben und den augenscheinlich auf eine frühere Zeit zurückweisenden Angaben des Landbuches der Mark Brandenburg von 1375 erkennen. Wenngleich das ursprüngliche am linken Elbufer gelegene Gebiet der Mark in seinem Verfassungszustande sich von anderen Gebieten des deutschen Reiches nicht unterschied, und also aus einer Anzahl von Comitaten bestand, die, in der Hand des Markgrafen vereinigt, von Vicegrafen verwaltet wurden, so ist doch dieser Verfassungszustand für die am rechten Elbufer neu erworbenen Gebiete keineswegs maßgebend gewesen, da vielmehr umgekehrt die Institutionen, welche die Colonisation der den Slawen abgenommenen Gebiete mit sich brachte, bald auch am linken Elbufer die frühere Comitatsverfassung verdrängten. Es konnte dies um so leichter geschehen, als selbst diese Gebiete von Albrecht dem Bären durch die wiederholten Einfälle der Slawen verwüstet und ihrer Einwohner beraubt, einer erneuerten Colonisation bedurften.

Von entscheidender Bedeutung für den Verfassungszustand der Mark war der Umstand, daß es hier, und zwar selbst in der Altmark, in welcher früherhin unzweifelhaft die auf die Genossenschaft freier Grundbesitzer basirte Gemeinde- und Comitats-Verfassung bestanden hatte, durchaus kein freies Grundeigenthum gab, sondern daß alle Bewohner der Mark nur ein abgeleitetes, wenn auch sehr verschieden gestaltetes, Besitzrecht am Grund und Boden hatten [1]). Der Markgraf übte daher von jeher über die Bewohner der Mark nicht bloß die ausgedehnten Befugnisse, welche ihm als Reichsbeamten übertragen waren, sondern zugleich auch die Rechte eines Grundherrn, insoweit er dieselben nicht spä-

1) Riedel, Mark Brandenburg. Thl. II. S. 57—289.

Digitized by Google

terhin zum Theil veräußert hatte. Die Folge davon war, daß in der Mark diese Grundherrlichkeit, nicht aber wie in anderen Territorien des deutschen Reiches, die Amtsrechte des Reichsbeamten in Verbindung und allmäliger Vermischung mit lehnsherrlichen und grundherrlichen Rechten, die Grundlage des mittelalterlichen Verfassungszustandes ausmachte. Besonders deutlich giebt sich dies in der Gerichtsverfassung der Mark, die hier wie überall von entscheidender Bedeutung für den gesammten öffentlichen Rechtszustand ist, zu erkennen [2]). Wenn nach den karolingischen Einrichtungen das Eigenthümliche der Mark im Gegensatze zur bloßen Grenzgrafschaft darin lag, daß zum Zwecke der Grenzvertheidigung, und Anfangs nur für beschränkte Zeit, mehrere Comitate unter der Herrschaft eines Markgrafen vereinigt wurden, der zu den ihm untergebenen Grafen in dem Verhältniß eines Missus stand, so ergiebt sich hieraus, daß die Einrichtung der Mark zunächst nicht nothwendig eine Aenderung der Gerichtsverfassung bedingte [3]). Der Markgraf übte hiernach in dem ihm unmittelbar untergebenen Comitate die gewöhnliche Grafengerichtsbarkeit, in den übrigen zur Mark gehörigen Comitaten aber die Rechte, welche in Betreff der Gerichtsbarkeit dem Missus verfassungsmäßig zukamen; wogegen von einer Gerichtsbarkeit des Markgrafen in dem Gebiete der dem Reiche unterworfenen und tributpflichtigen fremden Völker in jener früheren Zeit noch nicht die Rede ist. Während aber in den anderen Territorien die Gerichtsverfassung sich nur allmälig auf der Grundlage der karolingischen Zustände, in Folge der Umgestaltung der Standesverhältnisse und der daraus hervorgehenden Verschmelzung der Gerichtsbarkeit über Freie und Unfreie, umbildete, finden wir in der Mark Brandenburg schon in sehr früher Zeit eine auf durchaus anderer Grundlage beruhende Gerichtsverfassung.

„Der Markgraf richtet nicht unter Königsbann, sondern bei seines selbst Hulden", so berichtet der Sachsenspiegel wiederholt [4]).

2) Darum, und weil diese Gerichtsverfassung auch für die spätere Zeit von Einfluß und Interesse ist, bedarf sie einer etwas ausführlicheren Betrachtung.

3) Stenzel de Marchionum origine et officio publico. p. 19.

4) Sächs. Ldr. II. 12. §. 6. III. art. 64 u. 65. Wenn hinzugefügt wird, daß man aus einer zur Mark gehörigen Grafschaft ein gescheltenes Urtheil nur

Wenn auch bereits die Glosse diesen Grundsatz nicht mehr versteht und in sehr gezwungener Weise zu erklären sucht, so findet er doch anderweitig eine so genügende Bestätigung, daß wir nicht anstehen dürfen, ihn in seiner wörtlichen Bedeutung als vollkommen richtig anzuerkennen. Richtet unter Königsbann nur der König selbst oder der Hofrichter, und das über Eigen, Ehre und Leib der Freien urtheilende Landgericht, so liegt der Grund jener Erscheinung darin, daß es in der Mark, wo neben den unterworfenen Slawen alle deutschen Bewohner nur Colonisten waren, die sofort bei der Ansiedelung unter die Vogtei des Markgrafen traten, nie schöffenbarfreie Leute gab, über die nur unter Königsbann hätte gerichtet werden können. Freilich könnte man noch meinen, daß in gleicher Weise wie das, anstatt des Landgerichtes, über die persönlich freien Bewohner der Immunität richtende Gericht des Königsbannes bedurfte, ebenso auch der Markgraf oder seine Vögte sich mit dem Banne hätten belehnen lassen müssen. Beruht aber die Belehnung des Richters der Immunität mit dem Königsbanne nur darauf, daß er nicht bloß über Unfreie und im hofrechtlichen Verhältniß zum Herrn stehende Freie, sondern auch über freie Grundbesitzer richtete, welche dem Immunitätsherrn nur vermöge der ihm verliehenen Amtsgewalt unterworfen waren und über deren Eigen, Ehre und Leben darum nur kraft des verliehenen Königsbannes gerichtet werden konnte, so bedurften der Markgraf und seine Richter des Königbannes auch eben darum nicht, weil es in der Mark von jeher nicht bloß an der unter dem Gerichte des Grafen stehenden Volksgemeinde fehlte, sondern weil auch die persönlich freien Bewohner der Mark als Schutzhörige im hofrechtlichen Verhältniß zum Markgrafen standen. Es ergiebt sich hieraus, daß es durchaus unzulässig ist, unter den im 14. Jahrhundert in der Mark sich vorfindenden

---

ver das Reich, nicht aber in die Mark ziehen dürfe, weil hier kein Königsbann sei, so gehört diese Bestimmung der Zeit an, in welcher sich in den ursprünglich die Mark bildenden Grafschaften die alte Gerichtsverfassung, nach welcher auch hier unter Königsbann gerichtet wurde, noch erhalten hatte, während später auch in diesen Grafschaften, insoweit sie bei der Mark blieben, die Gerichtsverfassung nach Analogie der in den eroberten und colonisirten slawischen Gebieten bestehenden umgebildet wurde.

Digitized by Google

Gerichten dasjenige ausmitteln zu wollen, welches die Stelle des die Grafengerichtsbarkeit ausübenden Landgerichtes vertritt, da es ein solches in dem bei weitem größten Theile der Mark überhaupt nie gegeben hat [5]).

Von der Zeit an, in welcher in den eroberten slawischen Ländern deutsche Verfassungszustände begründet werden, ist vielmehr das im Namen des Markgrafen als des Gerichtsherrn urtheilende Vogteigericht, das gewöhnliche und ordentliche Gericht [6]), das auch in den ursprünglichen die Altmark bildenden Comitaten allmälig bei Erledigung von Vicegrafschaften an die Stelle des Grafengerichtes trat, wobei es nicht zweifelhaft sein kann, daß der Markgraf, bei persönlicher Anwesenheit im Vogteibezirk, auch anstatt des Vogtes selbst richtete [7]). Der Vogt übt die Civil- und Strafgerichtsbarkeit in dem gleichen Umfange wie der Graf [8]), und insofern kann allerdings das Vogteigericht dem Landgerichte gleichgestellt werden, welcher Name ihm auch späterhin wirklich beigelegt wird. Es unterschied sich aber von dem Landgericht wesentlich dadurch, daß die Gerichtsbarkeit des Vogtes nicht als ein Ausfluß der vom Kaiser dem Markgrafen verliehenen Amtsrechte, sondern als ein Ausfluß der vom Kaiser unabhängigen, selbständigen, durch kriegerische Eroberung erworbenen grundherr-

---

5) Die Gründe der folgenden von Riedel a. a. O. und Eichhorn deutsche St. u. R.-Geschichte II. §. 302. abweichenden Darstellung ergeben sich von selbst.

6) Es stimmt dies nicht bloß im Allgemeinen mit der gesammten Entwickelung des deutschen Gerichtswesens überein, sondern wird auch durch die Glosse zum Sachsenspiegel, welche das Vogtgericht als das ordentliche Gericht der Mark nennt, und vor Allem durch die ganze weitere Entwickelung der märkischen Gerichtsverfassung, besonders die vielen bei Gerken, Wohlbrück, Buchholz, Raumer angeführten Urkunden, durch welche geistliche und weltliche Herren für ihre Besitzungen von der Gerichtsbarkeit der Vögte eximirt werden, bestätigt. Gleichgültig ist es, ob diese Vogteigerichte wie in der Mittelmark gleich als solche eingerichtet wurden, oder an die Stelle der früheren Burggerichte in der Altmark oder der Castellaneigerichte in der Neumark traten. Zu vergleichen ist auch Raumer Neumärk. Landbuch von 1337. S. 52—53.

7) Sächs. Ldr. III. art. 65. §. 1.

8) Wenn Riedel a. a. O. III. S. 421 meint, die höchste Strafgerichtsbarkeit sei ursprünglich nur in der markgräflichen Kammer geübt worden, so beruht dies nur auf dem gänzlichen Mißverständniß der dort angeführten Urkunde. Die „tertia sententia“ ist nicht ein dem Markgrafen vorbehaltenes Endurtheil in Sachen, die an Leib und Leben gehen, sondern ist nur die in allen Gerichtsbezirken der Mark wirksam werdende Verfestung des flüchtigen Verbrechers, die natürlich nur vom Markgrafen ausgehen kann.

Digitized by Google

lichen Rechte erscheint, und daß darum der Markgraf wie sein Vogt ohne Königsbann richtet [9]).

Die Gerichtsbarkeit des Vogtes erstreckt sich über alle Bewohner des Vogteibezirkes, die ursprünglich allesammt Standesgenossen in dem Sinne sind, daß sie, zwar persönlich frei, des freien Grundbesitzes entbehren und gleichmäßig in einem lehn- oder hofrechtlichen Verhältniß zum Markgrafen stehen, und aus dem gleichen Grunde ist jeder Bewohner des Bezirkes, wofern er nur vollkommen an seinem Rechte ist, befähigt, als Schöffe Urtheil über Andere zu finden [10]).

Neben den Vögten üben in den Städten und Dörfern die Schulzen eine, der des Grafen und Bauermeister des Sachsenspiegels ganz analoge, Gerichtsbarkeit in Civil- und geringeren Strafsachen, die schon früh als niedere Gerichtsbarkeit (iudicium infimum) bezeichnet wird. Manche Städte waren außerdem auch in Betreff der höheren Gerichtsbarkeit von dem Vogteigerichte eximirt, und besaßen anstatt desselben ein mit Bürgern als Schöffen besetztes Stadtgericht, an dessen Spitze ein vom Herrn der Stadt ernannter Richter, früher der Burggraf, später Vogt, stand [11]).

Die Glosse zum Sachsenspiegel, wie das Neumärkische Landbuch von 1337 und das Landbuch der Mark von 1375, lassen aber bereits einen wesentlich veränderten Zustand der Gerichtsverfassung erkennen, der hier wie überall mit der Umbildung der Standesverhältnisse nothwendig zusammenhängt. Wenn im Sinne der älteren deutschen Standesverhältnisse alle Bewohner der Mark Standesgenossen und darum dem selbigen Gerichte untergeordnet waren, so mußte der sich bildende Ritterstand eine allmälige Auflösung dieser Genossenschaft und des darauf beruhenden Gerichtswesens bewirken. Schon der Sachsenspiegel [12]) läßt in dieser

9) Sächs. Ldr. a. a. O. und III. art. 70. nebst Glosse. Raumer Cod. dipl. Brandb. cont. II. p. 109.

10) Sächs. Ldr. a. a. O. Der Einfluß des nationalen Unterschiedes der deutschen Colonisten und der besiegten Slawen, dessen noch der Sachsensp. gedenkt, scheint sich sehr bald verloren zu haben.

11) Vgl. die bei Riedel a. a. O. S. 502 flg. und 537 flg. angeführten Urkunden. Raumer Neumärk. Landbuch S. 57. 61.

12) Sächs. Ldr. III. 65. §. 1.

Digitized by Google

Beziehung den ersten Schritt der Umbildung erkennen, indem zwar in Bezug auf das Schöffenamt noch die Standesgenossenschaft der Ritter und anderer Bewohner der Mark anerkannt wird, dagegen schon nicht mehr in Betreff des Kampfgerichtes. Die Glosse dagegen, so wie das Landbuch der Mark und mehrfache Urkunden [13]) aus jener Zeit machen es unzweifelhaft, daß schon seit der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts die Ritter sich dem Vogteigerichte entzogen und einen besonderen Gerichtsstand in einem markgräflichen Hofgerichte erlangten, in welchem nur Ritterbürtige als Schöffen Urtheil finden konnten. In welchem Umfange die Ritter diesem Gerichte untergeordnet waren, kann, auch beim Mangel besonderer Angaben, nicht zweifelhaft sein, nämlich in allen denjenigen Fällen, in welchen, nach den bekannten Rechtsgrundsätzen jener Zeit, Standesgenossenschaft des Beklagten und der Schöffen erforderlich war, d. h. in allen die Lehngüter betreffenden Rechtsstreitigkeiten so wie in allen an Leib und Ehre gehenden Criminalfällen. Während ursprünglich der Markgraf diese Gerichtsbarkeit meist persönlich ausübte, wurde später das Hofgericht ein ständiges, von einem Hofrichter geleitetes Gericht, das für einzelne Landestheile an verschiedenen Orten, wie zu Tangermünde, Arneburg, Frankfurt bestellt wurde. Es ist dies das vom Landbuche iudicium curiae genannte Gericht, das der Verfasser als ein Lehnsgericht insofern bezeichnen durfte, als auch jede Leib und Ehre des Vasallen berührende Strafsache im weiteren Sinne als Lehnssache betrachtet werden kann. Dem alten Vogteigericht verblieb demnach in Betreff des Ritteradels nur die Civilgerichtsbarkeit, welche sich, da alle die Lehngüter betreffenden Sachen ausgeschlossen waren, fast nur auf Schuldsachen beziehen konnten. Es lag nahe, daß der Adel endlich auch in dieser Beziehung sich vom Vogteigerichte zu befreien und unter die unmittelbare Gerichtsbarkeit des Markgrafen zu stellen suchte, was für Bürger und Bauern die große Schwierigkeit mit sich brachte, Klagen gegen Personen des Ritterstandes nur bei zufälliger Anwesenheit des Markgrafen, oder meist in

13) Vgl. Riedel. a. a. O. II. 409. Glosse zum Sächs. Ldr. II. 12. III. 65. §. 1.

Digitized by Google

großer Entfernung bei einem den Markgrafen vertretenden Hofgerichte anbringen zu können. Seit dem 13. Jahrhundert wird daher der Adel auch in Schuldsachen ausdrücklich vom Vogteigerichte eximirt, und diese Gerichtsbarkeit, um nichtritterlichen Personen häufigere und leichtere Gelegenheit ihre Klagen anzubringen, wie dies Urkunden jener Zeit bezeugen [14]), zu gewähren, besonderen für jeden Vogteibezirk ernannten Richtern übergeben, welche Hofrichter, Landrichter und vom Landbuche ebenfalls Vögte genannt werden [15]).

Aber nicht bloß, daß in solcher Weise Städte wie Ritterschaft von den Vogteigerichten eximirt waren, so gingen sie seit dem 14. Jahrhundert besonders durch häufige Veräußerungen ihrem völligen Untergange entgegen. Während die Gerichtsbarkeit des städtischen Vogtes von vielen Städten in der Art erworben wird, daß sie fortan der Schulz zugleich mit der niederen Gerichtsbarkeit oder ein von den Bürgern gewählter Vogt ausübt, wird die Gerichtsbarkeit der Vogteigerichte über die Dörfer an Klöster und Kirchen, Ritter und Städte, häufig sogar an einzelne Städtebürger veräußert [16]). In der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts hatten diese Veräußerungen, wie das Landbuch zeigt, bereits eine solche Ausdehnung gewonnen, daß man die alten Vogteigerichte als gänzlich aufgelöst betrachten kann. Ein Ueberrest dieser Gerichte ist zunächst das vom Landbuche angeführte iudicium iniuriarum, ein Gericht, das unzweifelhaft

---

14) Beckmann Beschreibung der Mark V. 1. Cap. 2. S. 193. Gerken Dipl. vet March. I. p. 82 und andere Urkunden bei Riedel a. a. O. S. 412—15.

15) Die hierher gehörige Stelle des Landbuches a. a. O. Iuditium advocatorum quod est super debitis quare in qualibet advocatia unus deputatur Iudex. Et quia ille personam advocati repraesentat extra eandem advocatiam degentes coram illo respondere non cogantur nisi per modum reconventionis, ist demnach ganz einfach und wörtlich zu verstehen, und die Meinung Riedels a. a. O. S. 413, daß die Stelle durchaus unverständlich sei, falls nicht statt „advocati“ „Domini“ gesetzt werde, ist darum ganz unzulässig, weil im Gegensatze zu dem Iuditium Curie quod personam Domini repraesentat und vor welchem darum quilibet Marchionista respondere tenetur, die hier angegebene Beschränkung der Competenz auf die Bewohner des Vogteibezirkes nur dann erklärlich ist, wenn der für jede advocatia deputirte Iudex anstatt des Vogtes die Gerichtsbarkeit in Schuldsachen des Adels ausübt.

16) Die vollständigste Auskunft über diese Veräußerungen geben das Neumärk. Landbuch und das Landbuch von 1375. Andere Urkunden bei Riedel S. 322 flg.

Digitized by Google

die Strafgerichtsbarkeit des Vogteigerichtes ausübt, wo etwa noch ein Bezirk, in welchem sie nicht veräußert war, sich erhalten hatte. Außerdem aber fand auch die Veräußerung der höheren Gerichtsbarkeit sehr häufig nur mit besonderen Vorbehalten statt, indem die Markgrafen die Strafgerichtsbarkeit theils ihrem ganzen Umfange nach über alle zu ihnen und ihrem Hofe in näherer Beziehung stehenden Personen, theils, wenigstens für die schwereren Fälle, sich reservirten [17]), welche Fälle ebenfalls zur Competenz dieser Gerichte gehören. Es ist dies die Gerichtsbarkeit der wenigen noch bis in spätere Zeit sich erhaltenden Landgerichte, die mit besonderen als Scabini Marchionis bezeichneten Schöffen besetzt sind [18]).

Wenn der Verfasser des Landbuches endlich noch eines iuditium supremum, das dem Markgrafen in einzelnen Städten und Dörfern zustehe, erwähnt, so kann es zunächst nicht zweifelhaft sein, daß unter iuditium supremum die alte Vogtei- oder später so genannte Landgerichtsbarkeit zu verstehen sei, die besonders häufig in der Zeit der Auflösung der alten Gerichtsverfassung als Gegenstand des Kaufes und Tausches so bezeichnet wird. In der Hand des Erwerbes war deshalb das iuditium supremum die höhere bisher vom Vogteigericht, jetzt vom Erwerber oder seinem Beamten geübte Gerichtsbarkeit, während dieselbe, so weit sie vom Markgrafen nicht veräußert war, von dem schon genannten iudicium iniuriarum, nicht aber von irgend einem anderweitigen, das zu den übrigen als ein besonderes Gericht hinzuträte, geübt wurde. In dieser Stelle des Landbuches bezeichnet vielmehr, wie so häufig, iuditium nicht Gerichtsbarkeit, sondern die Gerichtseinkünfte, auf deren Aufzählung es dem Ver-

17) Es ergiebt sich dies aus den vielen Urkunden bei Raumer Cod. dipl. z. B. II. p. 221. No. XV. p. 234. No. XXII. p. 240. No. XXVII. p. 241. No. XXVIII.

18) Vgl. Riedel a. a. O. S. 495. Daß diese Landgerichte, deren Schöffen Schulzen sind, nicht, wie das Landbuch vom iudicium iniuriarum sagt, auch über den Adel (militares) die Strafgerichtsbarkeit ausübten, kann nicht zweifelhaft sein. Daß diese Angabe, wie Eichhorn meint, sich auf die ältere Zeit beziehe, in welcher der Ritterstand noch keinen besonderen Gerichtsstand erworben hatte, ist nicht wahrscheinlich. Sie ist also entweder irrthümlich oder mit Raumer a. a. O. S. 112 dahin zu erklären, daß das Landgericht allerdings auch über Ritter in allen Leib und Ehre nicht berührenden Fällen richten konnte.

Digitized by Google

faſſer ankam, und welche der Markgraf zum Theile ſich auch da vorbehielt, wo die Gerichtsbarkeit ſelbſt veräußert war; oder es iſt hier das iuditium supremum der nur in Gerichtseinkünften beſtehende, dem Markgrafen verbliebene Ueberreſt ſeiner ehemaligen in dieſen Orten geübten höheren Gerichtsbarkeit [19]).

Im Unterſchiede von dem von jeher in eigenthümlicher Weiſe ſich entwickelnden Verfaſſungszuſtande der Mark zeigt der Entwickelungsgang des Privat-, Straf- und Prozeßrechtes bis ins 15. Jahrhundert keine irgend bedeutſame Eigenthümlichkeit, durch welche er von dem im übrigen Deutſchland abwiche. Namentlich alſo tritt uns überall reine germaniſche Rechtsbildung entgegen und nirgends begegnet uns ein bemerkbarer Ueberreſt ſlawiſchen Rechtslebens. Der Sachſenſpiegel und die Gloſſe deſſelben geben genugſame Zeugniſſe dafür, daß in der Mark nicht bloß das ſächſiſche Recht überhaupt, ſondern insbeſondere auch der Sachſenſpiegel ſelbſt allgemeine Verbreitung und unbedingte Anerkennung gefunden hatte. In gleicher Weiſe bildet für die märkiſchen Stadtrechte das magdeburgiſche Recht faſt durchgehend die Norm neben geringfügigem Einfluſſe des lübiſchen und durch Coloniſten hierhergebrachten flämiſchen Rechtes [20]). Das ſächſiſche Recht iſt darum auch in ſtrafrechtlicher Beziehung die Grundlage, auf welcher ſich ſpäter der eigenthümliche Rechtszuſtand der Mark entwickelte.

§. 2.

Die ſtrafrechtlichen Zuſtände des Mittelalters.

Das Strafrecht des Sachſenſpiegels zeigt uns den Endpunkt einer Entwickelung, deren frühere Stadien ſich zum großen

19) Vgl. Riedel S. 517. Der beſte Beweis dafür liegt in der von Eichhorn und Riedel nicht beachteten unmittelbar folgenden Stelle des Landbuches, in welcher der Verf. angiebt, daß er das iuditium supremum als 10 proCent von der Summe, für welche die Gerichtsbarkeit veräußert oder verpfändet worden iſt, berechnet habe. In deutſchen Urkunden wird ganz ebenſo „Gericht" zur Bezeichnung markgräflicher Gerichtseinkünfte, die nicht mit der Gerichtsbarkeit verbunden ſind, gebraucht; z. B. Raumer l. c. p. 210. No. VI.

20) Riedel a. a. O. II. S. 358. v. Kamptz über die älteren Stadtrechte in der Mark Brandenburg in Mathis juriſt. Monatsſchrift. 11 Bd. S. 38. Heydemann die Elemente der Joachim. Conſtitution.

Digitized by Google

Theile unserer Beobachtung entziehen, einen Zustand des Strafrechtes, welcher im Verhältniß zu dem der deutschen Volksrechte einerseits einen bedeutenden Fortschritt bekundet, andererseits auf eine vor den Volksrechten liegende Zeit zurück verweist. Es kommt in dieser Beziehung vor allem in Betracht, daß die deutschen Volksrechte nur zum Theile die Aufzeichnung des aus der unbewußt schaffenden Kraft des Volkes erwachsenen Rechts enthalten, während sie sämmtlich zugleich mehr oder weniger dem mächtigen Einflusse neu sich bildender staatlicher und socialer Zustände und selbst dem bewußten Einwirken rechtskundiger Männer oder der gesetzgebenden Thätigkeit des Staates unterliegen [1]). Darum enthalten sie namentlich mannigfache strafrechtliche Normen, welche nicht aus den Anschauungen und Lebensverhältnissen des Volkes erwachsen, erst sehr allmälig sich befestigen konnten, oder wohl gar, wo es an der sie handhabenden Macht des Gerichtes und Staates gebrach, ihre Wirksamkeit wieder verloren. Dasselbe gilt natürlich in noch höherem Grade von den strafrechtlichen Bestimmungen der Capitularien, so daß nicht selten selbst die spätere deutsche Reichsgesetzgebung dem Drange des sich selbständig bildenden Volksrechtes nachgeben und einen voreiligen Schritt nach vorwärts wieder zurückgehen muß. Können uns also die Volksrechte in Verbindung mit dem fränkischen Reichsrechte ein Bild des ursprünglichen Strafrechtes der deutschen Volksstämme nicht gewähren, so vermögen wir doch eine Anschauung der Grundzüge desselben aus dem jenen Einflüssen nicht in gleichem Maße unterliegenden Rechte der nordischen Völker zu gewinnen. Wilda, dem wir die umfassende und erschöpfende Darstellung des Strafrechts der nordischen wie der dem fränkischen Reiche angehörenden germanischen Volksstämme verdanken, hat zugleich zur Genüge die irrige Meinung widerlegt, nach welcher die deutschen Volksrechte einen Zustand völliger, eines wirklichen Strafrechtes gänzlich entbehrender, Rohheit zu ihrer unmittelbaren Voraussetzung hätten, einen Zustand der, kaum überwunden, sich noch überall in ihnen wiederspiegele.

1) Vgl. Wilda das Strafrecht der Germanen S. 74 flg.

Digitized by Google

Mochte es aber in dem ursprünglichen Zustande des germanischen Strafrechtes an der Auffassung des Verbrechens als einer aus dem Willen entspringenden schuldhaften Handlung, an Normen, welche der Rache und Selbsthilfe des Verletzten feste Schranken setzten, an einer von der politischen Gemeinde ausgehenden Strafgerichtsbarkeit nicht fehlen, so bekundet es doch den niedrigsten Standpunkt des Strafrechtes, wenn die regelmäßige Folge des Verbrechens die Friedlosigkeit des Verbrechers ist, die ihn rechtlos der Gewaltthat eines Jeden und namentlich der Rache des Verletzten preisgiebt, und wenn eine wirkliche Strafe in der Regel nur da eintritt, wo die politische Gemeinde selbst als verletzt und zur Rache herausgefordert erscheint. Solchen Zuständen gegenüber giebt sich in den deutschen Volksrechten und fränkischen Capitularien ein bedeutsamer Fortschritt kund. Das ausgedehnte Recht der Selbsthilfe und Rache beschränkte sich, wenige besondere Fälle ausgenommen, auf das Recht des Verletzten, sich des Verbrechers zum Zwecke der Rechtsverfolgung zu bemächtigen; die Folge des Verbrechens ist nicht mehr die Friedlosigkeit, die nur noch als äußerstes Mittel den trifft, der sich hartnäckig der Macht des Gerichtes entzieht, sondern die Verpflichtung zur Zahlung einer Buße, mit welcher theils das verletzte Recht des Klägers, theils der gebrochene Rechtsfriede der Gemeinde gesühnt wird; nur wo diese Buße geweigert wird, fällt der Schuldige der Rache des Verletzten anheim; wo sie gewährt wird, ist dagegen der Verletzte nicht mehr berechtigt, die Racheübung der Sühne vorzuziehen, sondern verpflichtet, die Buße anzunehmen, sich mit ihr genügen zu lassen und durch besonderes Gelöbniß den Rechtsfrieden mit dem Gegner herzustellen. Die öffentlichen Strafen an Leben, Leib und Ehre kommen nicht nur regelmäßig bei allen unmittelbar gegen die politische Gemeinde gerichteten Verbrechen vor, sondern gewinnen allmälig an Ausdehnung und finden bei einzelnen Volksstämmen, namentlich bei den Sachsen, bereits eine sehr häufige Anwendung. Die fortschreitende politische Entwickelung, der neugebildete Staat, auf dessen Gestaltung das alle individuelle Selbständigkeit nivellirende römische Staatswesen nicht ohne Einfluß war, der

Digitized by Google

eine um so schärfere Unterordnung des Individuums unter seine Macht erstreben mußte, je mehr er der einheitlichen Kraft des Volkes bedurfte, um sich seine Stellung im Kampfe gegen den äußeren Feind zu sichern, war es, der auch auf dem Gebiete des Strafrechtes die individuelle Berechtigung in immer engere Grenzen zurückdrängte. Aber wenn gleich die germanischen Volksstämme ihre staatsbildende, einheitliche Kraft zur Genüge bewährten, so war doch die mächtige, freiheitsstolze, sich ihrer selbst bewußte und überall selbst vertrauende germanische Persönlichkeit nicht in gleichem Maße geneigt, sich innerhalb des Staates seiner einheitlichen Macht unbedingt zu fügen und unterzuordnen, von ihm sich das Recht zu erbitten, das sie als ein ihr angeborenes und innerlich angehörendes Gut betrachtete, seine Hilfe zu suchen, wo sie dieser, auf die eigene Kraft vertrauend, nicht bedurfte. Darum stehen freilich selbst unter einem so mächtigen Herrscher wie Karl d. G. die Zustände des Volkslebens in vielfachem Widerspruch zu den strafrechtlichen Normen der Zeit, und die Capitularien, weit entfernt einen wesentlichen Fortschritt über den strafrechtlichen Standpunkt der Volksrechte hinaus zu begründen, geben vielmehr Zeugniß für den fortwährenden Kampf, den die Staatsgewalt zu führen hat, nicht etwa nur gegen das Verbrechen zur Bewahrung des Rechtsfriedens, sondern gegen die widerstrebende Volkssitte zur Bewahrung der strafrechtlichen Grundprincipien selbst. Nicht weniger häufig wie die Vorschriften, welche die Verbrecher zu verfolgen und zu strafen befehlen, sind diejenigen[2]), welche immer von neuem es einschärfen, daß der Verletzte die dargebotene Composition annehme, sich mit ihr begnüge und auf jede weitere Rache verzichte; daß geschehene Verbrechen durch gerichtliche Klage zur Bestrafung gebracht werden; daß der Verbrecher nie anders als in Folge richterlichen Urtheils getödtet werde; die Vorschriften, welche die königlichen Beamten

2) Capit. Longobard. a. 782. c. 8. Capit. Franc. a. 783. c. 4. Capit. Saxon. a. 797. c. 8. 10. Capit. Ticin. a. 801. c. 24. Capit. Aquisgran. a. 802. c. 32. Capit. excerpt. a. 802. c. 42. Capit. in Theod. villa promulg. a. 805. c. 5. Capit. Noviomag. a. 808. c. 2. Const. Aquisgran. a. 817. cap. leg. add. c. 13. Capit. Wormat. 829. c. 7. Capit. Ticin. a. 850. leg. c. 3. Convent. Silvac. 853. c. 5.

Digitized by Google

anweisen mit allen Mitteln dafür zu sorgen, daß auch ein Act berechtigter Selbsthilfe und Rache nicht Veranlassung werde zu ausgedehnten Familienkämpfen, Raubzügen und Gewaltthaten, und andere Vorschriften, die in verschiedener Weise derartige Racheübungen und ihre Folgen zu verhüten bemüht sind.

Als darum das wohlgeordnete Gebäude der karolingischen Verfassungszustände von den neu sich bildenden feudalen Institutionen überall durchbrochen wurde, als in Folge dessen namentlich die Gerichtsverfassung eine völlige Umbildung erfuhr und der König mehr und mehr die Macht verlor, überall gleichmäßig und unmittelbar seine gerichtsherrliche Gewalt geltend zu machen, als die Könige sich genöthigt sahen, alle ihre Kraft und Thätigkeit der Ordnung ihres Verhältnisses zu den mächtigen geistlichen und weltlichen Fürsten des Reiches zuzuwenden und der Fürsorge für die rechtlichen Bedürfnisse des Volkslebens zu entziehen, da konnte es freilich nicht fehlen, daß auch auf dem Gebiete des Strafrechtes, das jetzt wiederum fast allein der rechtserzeugenden Kraft des Volkes überlassen blieb, die Volkssitte überall die Schranken durchbrach, welche schon bisher ihr gegenüber nur mit Noth aufrecht erhalten werden konnten, daß sie wieder in Bahnen einlenkte, aus denen sie durch die Volksrechte und das fränkische Reichsrecht verdrängt werden sollte.

Mochten auch zu der Zeit, in welcher die karolingischen Verfassungszustände in vollster Kraft und Blüthe standen, die Fälle unberechtigter Racheübung nicht selten vorkommen, so waren es doch nur Gewaltthaten einzelner Privatpersonen, denen gegenüber das Gericht mächtig genug war, um dem Rechte Achtung zu verschaffen. Selbst dann, wenn, wie die Capitularien andeuten, Verbrechen und Racheübung zu Familienkämpfen Veranlassung gaben, mochten diese Kämpfe, nachdem bereits die Familienverbindung von ihrer früheren Bedeutung und Kraft viel eingebüßt hatte, selten eine solche, den öffentlichen Frieden in so hohem Grade gefährdende, Ausdehnung erlangen, wie etwa bei den nordischen Völkern, und auch da mochte, wenn nicht die Macht des Gerichtes, so die höhere des königlichen Missus ausreichen, den Frieden herzustellen. Ganz anders aber jetzt nach

Digitized by Google

der Auflösung dieser Verfassungszustände. Nicht bloß, daß es dem Gerichte häufig an der Macht und selbst wohl an dem Willen fehlte, das Verbrechen zu verfolgen und zu bestrafen, daß die engen rechtlichen Grenzen, welche der Rachеübung gesetzt waren, überall überschritten wurden, so hatte sich jetzt auch im Reiche ein Fürsten- und Herrenstand gebildet, dessen Mitglieder ihre politischen Interessen mit Waffengewalt gegen einander und selbst gegen den König zu vertreten und zu verfolgen gewohnt waren, die in ihren ausgedehnten Kriegszügen den öffentlichen Rechtsfrieden völlig auflösten, und die, zwar der königlichen Gerichtsgewalt unterworfen, dennoch thatsächlich fast jeder Gerichtsgewalt entzogen waren, da ein gegen sie gerichteter Akt königlicher Gerichtsbarkeit in der Regel erst Anwendung von Waffengewalt voraussetzte, und darum weit mehr den Charakter eines politischen Parteikampfes als eines rechtlichen Verfahrens hatte. Hierzu kam, daß mit der Umbildung der Standesverhältnisse das Waffenrecht, das früher der ganzen Masse der freien Genossen des Volkes zustand, zu einem ausschließlichen Rechte des sich bildenden Ritterstandes wurde, der, durch seine Waffen und die Mauern seiner Burgen geschützt, sich in der Regel gleichfalls einer jeden geregelten Strafrechtspflege zu entziehen wußte, und daß endlich auch die Städte, unbekümmert um die Rechts- und Gerichtsgewalt ihres Herrn, thatsächlich als völlig selbständige politische Corporationen nach außen hin eine förmliche Kriegsgewalt ausübten. So handelt es sich jetzt nicht mehr darum, daß ein Verbrechen durch einen Akt der Selbsthilfe gesühnt, daß das vergossene Blut gerächt werde in einem Kampfe zweier Familien und Geschlechter, sondern darum, daß die Glieder und Stände des Reiches in Waffen einander gegenüberstehen, um ihre widerstrebenden, individuellen Interessen in fortwährenden kriegerischen Kämpfen gegen einander zu verfolgen, und daß in diesen Kämpfen die Masse des wehrlosen Volkes einer jeden Gewaltthat schutzlos preis gegeben ist.

Die Folge davon war, daß die Fehde thatsächlich wie rechtlich allmälig eine ganz andere Bedeutung erhielt. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß Fehde ursprünglich nichts Anderes als Rache,

Digitized by Google

einen Akt erlaubter Selbsthilfe bezeichnet. Mochte auch eine solche von den Blutsfreunden des Verletzten vollführte Racheübung nicht selten zur bewaffneten Abwehr von Seiten des Verbrechers und der Seinigen führen und damit den Charakter eines förmlichen Waffenkampfes annehmen, den man wohl auch als Fehde bezeichnete, so ist doch die Ansicht zur Genüge widerlegt, daß das älteste deutsche Strafrecht ein Fehderecht in dem Sinne einer, dem Verletzten wie seinem Gegner gleichmäßig zustehenden, Befugniß zur Führung eines Privatkrieges gekannt haben soll [3]). Im Mittelalter verschwindet zunächst das in den Volksrechten und Capitularien so häufig vorkommende Wort faida gänzlich. Während noch die const. pac. Dei a. 1085 wenigstens das Wort faicosus im Sinne der älteren Rechtsquellen zur Bezeichnung theils eines durch seine That der berechtigten Racheübung verfallenen, theils eines gewaltthätigen, verbrecherischen Menschen überhaupt gebraucht, finden sich in den Gesetzen der Hohenstaufen und den späteren Nachbildungen des mainzer Landfriedens von 1235 überall, wo man die Ausdrücke „Fehde" „faida" vermuthen würde, die Bezeichnungen „guerra, manifesta werra, inimicitia, Krieg, Feindschaft." Erst seit dem 15. Jahrhundert wird in der Reichsgesetzgebung der Ausdruck „Fehde" wieder allgemein gebräuchlich. Ein oberflächlicher Blick auf die Reichsgesetzgebung seit Friedrichs I. const. de pace tenenda von 1156 lehrt aber, daß mit „Fehde" oder den anderen gleichbedeutenden Ausdrücken durchaus nicht mehr ein jeder Akt berechtigter Selbsthilfe und Rache, sondern vielmehr nur jene das ganze Mittelalter erfüllenden Waffenkämpfe bezeichnet werden, gleichviel ob dieselben sich als reine, jede rechtliche Grundlage entbehrende Gewaltthaten darstellen, oder ob sie aus einem Akte berechtigter Selbsthilfe hervorgingen. Umgekehrt wird die Ausübung berechtigter Selbsthilfe und Rache an sich, selbst wenn Anwendung von Waffengewalt stattfinden sollte, niemals als Fehde bezeichnet, wenn sie nicht den Charakter eines förmlichen Privatkrieges annimmt [4]). Die Fehden in dem angegebenen

3) Vgl. Wilda a. a. O. S. 184 flg. Wächter Beiträge zur deutschen Geschichte S. 39 flg.

4) Es ergiebt sich dies besonders aus den Reichsgesetzen des 15. Jahr-

Digitized by Google

Sinne kriegerischer mit Heeresmacht ausgeführter Unternehmungen waren, ganz abgesehen davon ob und in wieweit sie berechtigt waren, allerdings nicht durchaus regellose Gewaltthaten, sondern unterlagen sehr bald eigenthümlichen, durch die Sitte festgestellten Normen. Die Sitte ist es, welche ein Fehderecht mit Ausschluß aller übrigen nur den Personen zuerkennt, welche durch Geburt dem Ritterstande angehören und das Waffenrecht besitzen, obwohl man später, als die Städte zu bedeutender Macht gelangt sind, auch ihnen als selbständigen politischen Corporationen dies Recht zuerkennen muß. Die Sitte ist es, welche im Einzelnen die Art und Weise der Kriegsführung bestimmt, wobei die ritterliche Ehre, die auch dem Feinde gegenüber Pflichten auferlegt, das leitende Princip bildet. Die Sitte war es, die bald sogar das Standesrecht in eine Standes- und Ehrenpflicht zu verwandeln suchte, in die Pflicht, den Weg rechtlicher Entscheidung von Streitigkeiten allein dem vom Waffenrechte ausgeschlossenen Volke zu überlassen, und statt seiner überall den der Entscheidung durch die Gewalt der Waffen zu wählen. Unter dem Einflusse der gegebenen Zustände mochte sich darum wohl auch die Ansicht bilden, daß das Strafrecht sowohl in Betreff

---

hunderts. Albrechts II. Entwurf eines Landfriedensgesetzes von 1438, der neustädter Landfriede von 1467, das Landfriedensgesetz von 1471 verbieten unbedingt alle Fehden, während sie die berechtigte Selbsthilfe und Rache, die im Sinne des älteren Rechtes als faida zu bezeichnen wäre, soweit sie das Strafrecht jener Zeit kannte, durchaus nicht beseitigen wollen. Hieraus ergab sich freilich die Schwierigkeit, daß gegen die verbotenen Befehdungen zur Herstellung des Friedens nicht eingeschritten werden konnte, bevor nicht der Einwand des Fehdenden: er habe sich keines Friedensbruches und keiner Fehde schuldig gemacht, sondern nur berechtigte Selbsthilfe geübt, durch ein richterliches Urtheil beseitigt war. Darum machte der Reichstag zu Nürnberg 1467 den Vorschlag: es möge „mit klaren Worten gesetzt werden, ob jemand mit Heereskraft überzogen oder sein Schloß oder Stadt eingenommen wurde," so solle diese That ohne Rücksicht auf irgend welchen Einwand zunächst als verbotene Fehde betrachtet, dagegen eingeschritten, der Besitzstand hergestellt, und dann erst gerichtlich entschieden werden, ob eine mit der Strafe des Crimen laesae Maiestatis bedrohte Fehde vorliege oder nicht. Es ist damit entschieden ausgesprochen, daß im Sinne dieser Zeit unter „Fehde" nur die Anwendung von Heereskraft und wirklicher kriegerischer Gewalt verstanden wird. Daß auch die Carolina art. 129 das Wort Fehde nur in diesem Sinne nimmt, dagegen die im art. 150 erwähnten Fälle berechtigter Selbsthilfe und Rache gewiß nicht nach dem ursprünglichen Sinne des Wortes als faida bezeichnen würde, bedarf keines Beweises.

Digitized by Google

der Pflichten, die es auferlege, als des Rechtsfriedens, den es gewährt, eigentlich nur für die vom Waffenrechte ausgeschlossenen Stände des Volkes vorhanden sei, während umgekehrt die zum Waffenrechte Geborenen ebensowenig die Pflicht hätten, sich den Bestimmungen des Strafrechtes unterzuordnen, als auch das Recht, den Schutz und den Frieden, welchen es gewährt, für sich in Anspruch zu nehmen.

Daß dies die Anschauung des Volkes war, bezeugt der Sachsenspiegel (III. 8.) zur Genüge, indem er es als eine wenn auch irrige Ansicht der Zeit bezeichnet, daß Bürger wegen der Schutzwehr, mit der sie umgeben sind, und Fürsten wegen der wehrhaften Leute, die sie führen, keinen Frieden hätten, der an ihnen gebrochen werden könnte, das heißt, daß für sie das Strafrecht eine Berechtigung auf Frieden und Schutz ebensowenig begründe, als sie die entsprechende Verpflichtung anerkennen.

Das deutsche Strafrecht aber hat sich freilich nie so tief erniedrigt, und der deutsche Reichsstaat ist nie so tief gesunken, daß je ein Fehderecht in solchem Sinne einzelnen Ständen des Volkes zuerkannt worden wäre. Die Anwendung kriegerischer Gewalt ist berechtigt als ein Act der wirklichen Nothwehr, oder wenn nach gehörig angebrachter oder durchgeführter Klage der Kläger nicht zu seinem Rechte gelangen kann, sei es daß der Richter ihm keine Hilfe gewährt, daß der Beklagte sich beharrlich weigert zu Recht zu stehen, oder daß er sich dem gefällten richterlichen Urtheile nicht unterwirft; und auch in diesen Fällen ist die kriegerische Gewalt nur gerechtfertigt auf der Seite dessen, der die Nothwehr übt, oder des sein Recht suchenden Klägers, nicht aber auf Seite dessen, der durch sein Benehmen diese Gewalt provocirte, ihr nun mit gleicher Gewalt begegnet und damit einen Zustand fortgesetzter kriegerischer Gewaltthaten, eine Fehde, hervorruft [5]).

5) Eine genauere Betrachtung der Reichsgesetzgebung kann darüber keinen Zweifel lassen, daß ihr das sogenannte Fehderecht durchaus unbekannt ist. Es kann hier nur das Wesentlichste kurz angeführt werden. Die const. pac. Dei a. 1085, wie sie im Gebrauche des Wortes laicosus noch am meisten an die Auffassung der Volksrechte erinnert, so hat sie auch augenscheinlich noch überwiegend einzelne verbrecherische Gewaltthaten und Ueberschreitungen berechtigter

Digitized by Google

Die Reichsgesetzgebung in der Zeit von Friedrich I. bis zu Maximilian I. und dem wormser Landfrieden von 1495 beschäftigt sich nicht bloß weit überwiegend mit dem Strafrechte, sondern ist auch fast ausschließlich ein fortgesetzter Kampf gegen das Fehdewesen und seine verderblichen Folgen. Während die Reichsgesetze des 12. und 13. Jahrhunderts wenigstens noch gelegentlich, und veranlaßt durch Maßregeln gegen das Fehdewesen, anderer Verbrechen als der gewöhnlichen Folgen der Fehden gedenkt, oder widerrechtliche Anmaßung königlicher Hoheitsrechte und gewaltthätige Ausübung derselben, die nicht selten zu ausgedehnten Fehden Veranlassung gab, verbieten und mit Strafe

---

Selbsthilfe und Rache, weniger aber eigentliche Fehden im Auge. Die Gesetze der Hohenstaufen und namentlich Friedrichs II. const. pac. a. 1235 haben überwiegend die Aufgabe, dem Fehdewesen beschränkend und hemmend entgegen zu treten, und daß nur unter den oben angegebenen Voraussetzungen und Beschränkungen die Fehde berechtigt ist, kann nach c. 5. jenes Friedensgesetzes unmöglich bezweifelt werden. Die Landfriedensgesetze Rudolphs I. und Albrechts I. wiederholen diese Bestimmungen wörtlich. Erst die Friedensgesetze seit dem Ende des 14. Jahrhunderts können den Schein einer indirecten Anerkennung eines Fehderechtes, wie es sich in der Sitte der Zeit thatsächlich gestaltet hatte, erwecken, weil sie nämlich fast sämmtlich nicht eigentliche Reichsgesetze sind, sondern nur Urkunden über vertragsmäßige Friedensvereinigungen, an denen der Kaiser theilnimmt. Darum wird hier Manches aufgenommen, was mit den bisherigen Grundsätzen des Reichsstrafrechtes, der Gerichtsverfassung und des Prozeßverfahrens nicht übereinstimmt. Gleichwohl wird auch hier das Fehdewesen jener Zeit nirgends als berechtigt anerkannt, und namentlich muß man sich hüten, aus den das Fehdewesen beschränkenden Bestimmungen eine indirecte Anerkennung desselben folgern zu wollen. Die Voraussetzung ist nicht ein Zustand unbeschränkten Fehderechtes, das nur in Betreff bestimmter Personen, Gegenstände, Orte, Zeiten und durch Beobachtung bestimmter Formen beschränkt, oder in Folge eines besonderen Eides für bestimmte Zeit aufgehoben werden soll u. s. w., während es im Uebrigen in voller Wirksamkeit verbleibt, sondern vielmehr ein reichsgesetzlich garantirter Rechtsfriede, der unter bestimmter Voraussetzung wohl Selbsthilfe, nie aber gegenseitige Befehdung der Parteien gestattet, und welcher, weil allzuhäufig verletzt, durch jene Bestimmungen in seiner Wirksamkeit verstärkt werden soll. Schon die const. pac. Dei a. 1085 sucht ausdrücklich solchem Irrthum zu begegnen. Wenn Wächter a. a. O. eine unter den gesetzlichen Voraussetzungen begonnene Fehde als solche, namentlich also den bewaffneten Widerstand des in berechtigter Selbsthilfe Angegriffenen als erlaubt betrachtet, weil in solchem Falle vom Gesetz selbst die Entscheidung der Privatgewalt überlassen worden sei, so übersieht er, daß die gewöhnliche Voraussetzung der Fehde nicht die ist, daß sie an Stelle der mangelnden richterlichen Entscheidung, sondern nach durchgeführter Klage und gefälltem Urtheile an Stelle der gerichtlichen Execution gegen den Ungehorsamen treten soll. Ueberdies stehen die angeführten Friedensgesetze des 15. Jahrhunderts entgegen, welche die Fehde, d. h. den durch den Widerstand des Schuldigen bewirkten Kampf, verbieten, die Ausübung berechtigter Selbsthilfe aber bestehen lassen.

Digitized by Google

bedrohen, so verliert die spätere Reichsgesetzgebung für das eigentliche Strafrecht fast alle Bedeutung und beschränkt sich darauf, durch Anordnungen in Betreff der Gerichtsverfassung, des Prozeßverfahrens und der Handhabung der Criminalpolizei den öffentlichen Frieden des Reiches, gegenüber den kriegerischen Angriffen und Gewaltthaten der Reichsstände, der Ritter und Städte, nicht den Rechtsfrieden innerhalb der Territorien, gegenüber den von einzelnen Privatpersonen ausgehenden Verbrechen, zu sichern. Die Fortbildung des Strafrechtes blieb daher im Allgemeinen dem Volke überlassen, und selbst dasjenige, was etwa von der Reichsgesetzgebung geleistet wurde, scheint weniger eine selbständige Schöpfung, als vielmehr eine gesetzliche Anerkennung und Bestätigung dessen zu sein, was bereits durch das Volksrecht erschaffen war.

Wie die Thätigkeit der Reichsgesetzgebung fast allein durch das Interesse bestimmt wird, den verderblichen Folgen des Fehdewesens hemmend entgegenzutreten, während im Uebrigen das Strafrecht in keinem wesentlichen Punkte eine irgend bedeutsame Förderung erfährt, so giebt uns umgekehrt der Sachsenspiegel eine umfassende Darstellung des Strafrechtes seiner Zeit, wie es sich auf der Grundlage der Volksrechte und Capitularien fortgebildet hatte, und fast allein für die unteren Stände des Volkes von Bedeutung und Wirksamkeit war, während er nur durch wenige gelegentliche Andeutungen es erkennen läßt, daß auch in seiner Zeit die höheren Stände des Volkes sich über das Strafrecht, über jede geordnete Strafrechtspflege erhoben hatten und einem Zustande roher Gewalt verfallen waren. Aber freilich, wenn wir allein die vom Staate ausgehende öffentliche Strafe als die allein genügende und wahrhaft gerechte Aufhebung des Verbrechens betrachten können, so müssen wir zugeben, daß das Strafrecht des Sachsenspiegels, selbst wenn wir davon ganz absehen, daß es nicht über alle Stände des Volkes eine gleichmäßige, ungehemmte Wirksamkeit zu äußern vermochte, dennoch wenigstens nach einer Seite, im Vergleiche zu den strafrechtlichen Zuständen des karolingischen Reiches, einen Rückschritt gemacht hatte. Während der eine Theil des Volkes dem Zwange, den Strafrecht und

Digitized by Google

Gericht der Willkür auferlegten, sich fast gänzlich entzog, nahm der andere wenigstens eine ausgedehntere individuelle Berechtigung in Anspruch, und kehrte zu den älteren Grundsätzen über Rache und Selbsthilfe zurück. Im Widerspruche zu den strafrechtlichen Grundsätzen der Capitularien, nach welchen Selbsthilfe und Rache, abgesehen von dem Falle wirklicher Nothwehr, immer erst da stattfinden können, wo das Gericht nicht im Stande ist das Widerstreben des Schuldigen zu brechen und dem Verletzten zu seinem Rechte zu verhelfen, kehrt man zu der älteren Sitte zurück, nach welcher der Verletzte sofort nach vollbrachter That, wenn über die That selbst so wenig als über die Person des Thäters ein Zweifel obwalten kann, und deshalb die Hilfe des Gerichtes, das erst durch Beweisführung die Schuld feststellt, überflüssig erscheint, Rache zu nehmen befugt ist [6]. Aber freilich auch hier ist die Rache mit festen rechtlichen Grenzen umgeben, indem sie nur stattfinden darf wegen Friedebruches, und indem der Thäter sich zu Recht erbieten und durch Eidhelfer oder durch Kampfgericht gegen einen Blutsverwandten des Erschlagenen den Beweis führen muß, daß er diesen mit Recht als einen Friedebrecher tödtete [7]. Aus der gleichen Rechtsanschauung,

6) Dies besagt ganz entschieden Sächs. Ldr. II. 69, und deshalb kann dieser Artikel unmöglich mit Laßberg (Synopsis zum Schwabensp.) als eine Parallel-Stelle von art. 152 des Schwabensp. betrachtet werden. Dieser letztere enthält den Grundsatz der Volksrechte und Capitularien, daß sich der Verletzte des Friedebrechers, um ihn vor Gericht zu bringen, bemächtigen und im Falle des Widerstandes (unde wert er sich) straflos verwunden oder tödten darf. Der angeführte Art. des Sachsensp. dagegen bezieht sich nicht hierauf, sondern spricht offenbar von einer Rachebefugniß des Verletzten, wie sich dies genügend daraus ergiebt, daß er die Verwundung oder Tödtung auch an dem fliehenden Friedebrecher für straflos anerkennt, also in einem Falle, wo von einem Widerstande desselben gar nicht die Rede ist. Dafür spricht auch das Rechtsbuch nach Distinctionen (Ortloff), das VI. c. 3. d. 1—2 diese Stelle des Sachsenspr. wörtlich wiedergiebt, sie aber nicht als dem Kaiserrecht entnommen bezeichnet, was gewiß geschehen wäre, wenn damit nur jener alte vom Schwabensp. angeführte reichsgesetzliche Grundsatz gemeint wäre.

7) Sächs. Ldr. I. 64. Das gleiche Verfahren findet auch dann statt, wenn Jemand im Falle wirklicher Nothwehr getödtet wurde. Der Sachsensp. III. 84. §. 2 nennt dies „die not uppe den doden bereden," wie es auch der Schwabensp. Art. 79 (Laßb.) in gleicher Weise bezeichnet und das Verfahren weitläufiger beschreibt. Ebenso kennt die Reichsgesetzgebung diesen Beweis der Tödtung in Nothwehr cf. Friderici I. const. de pac. tenend. a. 1156. c. 1. Der Sachsensp. dagegen setzt in der angeführten Stelle durchaus nicht einen Fall der Nothwehr voraus, wenn er von einem Todten spricht, den man „in düvo

Digitized by Google

nach welcher der Verletzte an dem in frischer That ertappten Friedebrecher ganz allgemein, und nicht bloß in einzelnen Ausnahmefällen, wie sie sowohl das frühere als auch das spätere Recht und selbst die Carolina noch kennt, sofort Rache nehmen darf, ist augenscheinlich auch der dem Sachsenspiegel eigenthümliche Rechtsgrundsatz erwachsen, daß nämlich mit Umgehung des ordentlichen Gerichtes der in handhafter That ertappte Friedebrecher, wenn der Verletzte nicht Rache an ihm nahm, wenigstens sofort durch einen zum Richten der „jähen That" erwählten Grafen gerichtet werden soll. Wie wenig gegen diese Grundsätze die Reichsgesetzgebung vermochte, indem sie die Selbsthilfe allein auf die Fälle der Nothwehr und der eigenmächtigen Rechtsverfolgung nach gehörig durchgeführter Klage beschränkte [8]), ergiebt sich auch aus den strafrechtlichen Grundsätzen der späteren mannigfachen Friedensbündnisse der Reichsstände, des Adels und der Städte, die unbekümmert um die allgemeinen, durch das Wesen des Staates gebotenen strafrechtlichen Principien, welche die Reichsgesetzgebung der widerstrebenden Volkssitte nicht opfern konnte, sich den gegebenen Zuständen und Rechtsanschauungen weit enger anschließen als diese. Haben alle diese Bündnisse den gemeinsamen Zweck, den widerrechtlichen Befehdungen dadurch zu begegnen, daß sie an die Stelle der ohnmächtigen kaiserlichen Gerichtsgewalt Bundesgerichte setzen, so lassen sie doch alle das gerichtliche Verfahren erst dann eintreten, wenn es dem Verletzten nicht möglich war, das ihm geschehene Unrecht in handhafter That auf dem Wege der Selbsthilfe wieder gut zu machen, so daß auch hier noch ganz allgemein bei handhafter That die Befugniß des Verletzten, Rache zu üben, anerkannt wird [9]).

---

oder in rove, oder in sogedanen dingen geslaget hevet." Das Rechtsbuch nach Distinctionen (Ortloff) IV. c. 22. d. 17—19 wiederholt diese Stelle wörtlich und bezeichnet sie ausdrücklich als nur dem Landrecht und Weichbild angehörend, wogegen er das Bereden der Noth auf einen Todten, die Stelle Sächs. Ldr. III. 84 wiederholend in I. c. 39. d. 4, als auch dem Kaiserrecht angehörend bezeichnet, und damit zu erkennen giebt, daß es sich hier um zwei ganz verschiedene Fälle handelt.

8) Const. pac. a. 1235. c. 5. Const. pac a. 1281. c. 2. a. 1287. c. 7.

9) Z. B. Bund der schwäb. Städte mit den Pfalzgrafen vom Rhein u. s. w. von 1379 bei Datt de pace imp. pub. p. 39. Bund des Grafen Eberhardt von

Digitized by Google

§. 3.

Die Elemente der Fortbildung des Strafrechts.

Spiegelt sich in dem mittelalterlichen Fehdewesen, in der größeren Ausdehnung, welche das Volksrecht, im Widerspruche zur Reichsgesetzgebung, der Selbsthilfe und Rache giebt, das politische Geschick Deutschlands insofern wieder als die fortschreitende Auflösung der Staatseinheit Deutschlands, die Schwächung der königlichen Gewalt und die daraus hervorgehende Ohnmacht der königlichen Gerichtsgewalt, die nothwendig auch auf das Gerichtswesen innerhalb der Territorien nachtheilig zurückwirken mußte, und die durch reichsgesetzliche Anordnungen über die Formen der Ausübung der königlichen Gerichtsbarkeit nicht gehoben werden konnte [1]), diese Erscheinungen zur nothwendigen Folge hatte, so darf andererseits nicht übersehen werden, daß das staatliche Leben des deutschen Volkes doch zugleich in dieser Zeit eine Fortbildung erfuhr, wenn diese auch freilich nicht sowohl innerhalb des Reichsstaates als innerhalb des engeren Kreises der Territorien und des städtischen Lebens erfolgte. Diese politische Entwickelung konnte nicht ohne fördernden Einfluß auf das Strafrecht bleiben. Schon sehr früh machte er sich in den Stadtrechten geltend, die nicht bloß den hin und wieder vorkommenden Versuchen der städtischen Aristokratie, sich mit einem Gefolge von Muntmannen zu umgeben, um, auf diese Macht gestützt, sich gleich den Fürsten und Ritteradel über Recht und Gericht zu erheben und das Fehdewesen auch in die Städte einzuführen, sehr wirksam begegnen [2]), sondern auch von dem ausgedehnten Rechte der Selbsthilfe im sächsischen Landrechte nichts wissen [3]). Aber auch innerhalb der Reichsgesetzgebung tritt er nach einer

---

Würtemberg mit den Gesellschaften zum Löwen, St. Wilhelm u. s. w. von 1382. Datt p. 44. Heidelberger Bündniß von 1384. Datt p. 55. Schwäb. Bund von 1488. Datt p. 281.

1) Cf. Curia Francoft. a. 1234. const. gen. Frider. II. const pac. a. 1235. c. 10.

2) Z. B. das Recht von Regensburg von 1230. §. 17. Nürnberger Privilegium von 1219. §. 2 bei Gaupp deutsche Stadtrechte.

3) So hat namentlich das Sächsische Weichbildrecht die hierher gehörigen Grundsätze des Sachsenspiegels nicht aufgenommen.

Digitized by Google

Seite sehr entschieden hervor. Mag man immerhin anerkennen, daß bereits die ältesten Rechtsquellen der germanischen Volksstämme Zeugniß geben für das Dasein eines wahrhaften Strafrechtes, so läßt sich doch auch nicht leugnen, daß sie uns zugleich eine Rechtsauffassung bekunden, nach welcher das Recht überwiegend nur in der Form subjektiver Berechtigung in Betracht kommt; daß sie einen politischen Zustand erkennen lassen, in welchem der Staat fortdauernd bemüht ist, der ausgedehnten individuellen Macht und Berechtigung des Einzelnen die Anerkennung seines Daseins, seiner höheren Macht und Berechtigung abzuringen. Es ist richtig, daß die Geldbuße, welche nach den deutschen Volksrechten der Verbrecher an den Verletzten und an den Staat zu zahlen verpflichtet wird, nicht bloß die Bedeutung eines Ersatzes für die äußere Rechtsverletzung, sondern auch die einer wirklichen Strafe insofern hat, als in der Zahlung der Buße ein Bekenntniß der Schuld, eine innere Demüthigung und Beugung des verbrecherischen Willens unter die Forderung der Gerechtigkeit enthalten ist; aber wie wenig ist noch die wahre Natur des Verbrechens, Bruch des Rechtes an sich, der Gerechtigkeit zu sein, neben welchem die Verletzung der subjektiven Berechtigung des Beschädigten nur das untergeordnete Moment bildet, erkannt, wenn man in solcher Weise das Verbrechen getilgt glaubt; wie sehr wird in der Geldbuße die eigentliche Strafe noch verdunkelt durch die bloß äußerliche Entschädigung, und wie klein erscheint noch der Staat neben dem Rechte des Individuums, wenn er sich mit einer Buße, die höchstens der des Verletzten gleichkommt, begnügen muß, und eine öffentliche Strafe in der Regel nur da verhängt, wo er durch eine gegen seine besondere Berechtigung gerichtete That unmittelbar zur Rache herausgefordert scheint.

Wenn nun allerdings das Mittelalter in Bezug auf seine Verfassungsformen hinter denen des karolingischen Reiches zurück zu stehen scheint, wenn das sich entwickelnde Lehnswesen die Einheit des Staates, die einheitliche centralisirte Staatsgewalt auflöst, so widerstreitet dies doch keineswegs einer wirklichen politischen Fortbildung. Widerstrebte ein einheitliches, centralisirtes, alles individuelle

Digitized by Google

Leben in ſich verzehrendes Staatsweſen der germaniſchen Volksnatur, ſo war es bereits ein bedeutſamer Fortſchritt, wenn die ungebändigte, in ihrem individualiſtiſchen Streben ſchrankenloſe Perſönlichkeit durch das Lehnsverhältniß es lernte, ſeine Ehre nicht in knechtiſcher Unterordnung, wohl aber in der freien ſittlichen Hingabe des Vaſallen an den höheren Willen des Herrn zu ſuchen. Nicht weniger wirkte die ſtrenge Zucht, welche die Kirche dem deutſchen Volke auferlegte, dahin, daß das Individuum ſich einer höheren, rechtlichen und ſittlichen Einheit als Glied einfügen und unterordnen lernte. Und endlich konnte es nicht fehlen, daß auch der Staat ſelbſt, wie ſchwankend ſeine Formen und wie loſe der Zuſammenhang ſeiner Glieder und Organe war, immer tiefer in das Bewußtſein der Individuen eindrang und ſich hier als die höhere Macht über aller individueller Berechtigung geltend machte; denn einerſeits griff das ſtaatliche Leben innerhalb der Territorien immer umfaſſender und mächtiger in alle Lebensverhältniſſe des Volkes geſtaltend ein, und andererſeits wurde ſelbſt die fortſchreitende Entleerung der deutſchen Königsmacht zunächſt verdeckt durch den Glanz der römiſchen Kaiſerkrone, ſo daß ſelbſt der Reichsſtaat, wenn nicht durch die eigene politiſche, ſo durch ſeine chriſtlich-kirchliche Bedeutung ein mächtiger Hebel für die Entwickelung des ſtaatlichen Bewußtſeins im Volke ſein mußte. Für das Strafrecht mußte dies nothwendig die Folge haben, daß eine, ſchon in den Capitularien des 9. Jahrhunderts allmälig hervortretende Auffaſſung des Verbrechens und der Strafe ſich geltend machte, der gegenüber die bloßen Vermögensbußen durchaus ungenügend erſchienen. Wo das Bewußtſein erwacht iſt, daß das Verbrechen nicht bloß eine Auflehnung der Willkür gegen die ſubjektive Berechtigung des Beſchädigten und der Gemeinde, ſondern in jeder Form ein Bruch der Gerechtigkeit, eine Auflehnung gegen die göttliche Weltordnung iſt, wo die Gemeinde, der Staat nicht bloß berechtigt erſcheint, um ſeiner ſelbſt willen Vergeltung zu üben für die erlittene Kränkung, ſondern wo es als eine rechtliche und religiöſe Pflicht des Staates betrachtet wird, um Gottes und der Gerechtigkeit willen Strafe zu verhängen, dem Verbrecher zu gerechter Sühnung ſeiner Schuld, Anderen zum war-

Digitized by Google

nenden Beispiel, dem Volke zur Wohlthat um den öffentlichen Frieden zu schützen und das Bewußtsein der Heiligkeit des Rechtes zu stärken [4]), da muß nothwendig die Strafe, der Form und dem Maße nach, eine durchaus andere werden. Wenn auch in der Reichsgesetzgebung diese veränderte Auffassung erkennbar hervortritt, so gelangte sie doch hier während des Mittelalters nie dazu, ihren entsprechenden Ausdruck in einer umfassenden Umbildung des ganzen Strafsystems zu finden. Während die Capitularien augenscheinlich, und selbst im Gegensatze zu der z. B. im sächsischen Volksrecht schon häufig vorkommenden Todesstrafe, die Vermögensbußen begünstigen [5]), so erachtet sie schon das Gottesfriedensgesetz so ungenügend, daß es sie für einen jeden Bruch dieses besonderen Friedens ausdrücklich beseitigt [6]), obwohl es andrerseits fast nur kirchliche Bußen an deren Stelle zu setzen weiß. Die Höhe der Macht und des Glanzes, auf welche Friedrich I. das deutsche Königthum erhoben hatte, bekundete sich auch für das Strafrecht dadurch, daß Friedrich I. nicht bloß wie Heinrich III. und IV. den allgemeinen Rechtsfrieden durch einen besonderen gelobten und beschwornen Frieden zu verstärken sucht, sondern in seinen Gesetzen wenigstens die Absicht kund giebt, ihnen den Charakter einer umfassenden, allgemein und unbedingt anwendbaren Strafgesetzgebung zu geben, in welcher mindestens die wichtigeren und schwereren Verbrechen mit öffentlichen Strafen an Leib und Leben belegt werden. Was hier begonnen war, wird in der treuga Henrici regis noch weiter ausgeführt. Aber schon Friedrich II. in seinem, für die folgenden Jahrhunderte als Grundlage des Reichsstrafrechtes geltenden, Friedensgesetz von 1235, verzichtet darauf, folgerecht auf diesem Wege vorwärts zu gehen und mehr und mehr die Vermögensbußen durch öffentliche Strafen zu verdrängen. Geleitet von der Rücksicht auf die gegebenen Zustände,

4) Capit. Aquisgr. a. 802. Const. Wormat. a. 829. Conv. Ticin. a. 850, leges. Conv. Silvac. a. 853. c. 7. Henrici III. const. de venef. a. 1054. Friderici II. const. pac. a. 1235. c. 12.

5) Z. B. Capit. Saxon. a. 797. c. 10.

6) Henrici IV. const. pac. Dei. a. 1085. Si liber vel nobilis eam violaverit — absque omni sumptuum aut amicorum interventione finibus — expellatur. Nullus pro redimendis qui in culpa deprehensi fuerant pecuniam accipiat.

Digitized by Google

namentlich auf den durch das Fehdewesen gefährdeten öffentlichen Frieden, hatte jenes Gesetz nicht sowohl die Absicht neue und eigenthümliche strafrechtliche Bestimmungen aufzustellen, als vielmehr die Anwendung der bestehenden zu sichern und zwar insbesondere nur gegenüber den widerrechtlichen Befehdungen, so daß auch der einzelnen, besonderen Verbrechen nur insofern gedacht wird, als sie sich als Veranlassung oder gewöhnliche Folge der Fehden darstellen. Darum ist es erklärlich, daß das Gesetz, gegenüber von Verbrechern, welche sich jedem geordneten rechtlichen Verfahren zu entziehen oder mit Waffengewalt zu widersetzen pflegten, alles Gewicht auf die gehörige Durchführung des äußersten Zwangsmittels, der Aechtung und Friedloserklärung des Verbrechers, legte. Abweichend von der gesammten bisherigen Reichsgesetzgebung erscheint aber hier die Acht und die ihr folgende Friedlosigkeit nicht bloß als prozessualisches Zwangsmittel, sondern zugleich in einzelnen Fällen, wie in den ältesten nordischen Rechtsquellen, als selbständiges Strafmittel, ein Strafmittel, das gleichsam das Bekenntniß der Staatsgewalt ausspricht, daß sie, zu schwach und unfähig eine eigentliche Strafe zu verhängen und auszuführen, um sich wenigstens des Verbrechers zu erwähren, ihn von Recht und Friede ausschließt und der Gewaltthat eines Jeden preis giebt.

In solcher Weise hatte die Gesetzgebung, von dem augenblicklichen Bedürfnisse bestimmt, planlos in das Strafrecht eingegriffen, und so standen nunmehr die alten Geldbußen, öffentliche Strafen und die Friedlosigkeit ohne irgend ein, durch das Wesen des Verbrechens und das Maß der Schuld gerechtfertigtes, Verhältniß, ohne irgend einen nothwendigen, systematischen Zusammenhang äußerlich und zufällig nebeneinander. Ganz anders im Volksrechte, das bereits im Sachsenspiegel uns ein vollständiges, wohlgeordnetes und folgerecht durchgeführtes strafrechtliches System zeigt, das im Wesentlichen die Geldbußen verdrängt und öffentliche Strafen an seine Stellen gesetzt hat.

Digitized by Google

§. 4.

Das Strafrecht des Sachsenspiegels.

Die Grundlage für das Strafrecht des Sachsenspiegels bildet die Unterscheidung aller strafbaren Handlungen in zwei Klassen, indem sie entweder sich als Ungericht, Friedensbruch d. h. eigentliche Verbrechen, oder als Frevel, leichtere Vergehen, darstellen [1]), eine Unterscheidung, die bereits den nordischen Rechtsquellen angehörend, in den Volksrechten und Capitularien wenn nicht ganz verschwindet, so doch sich verdunkelt und ohne eingreifende rechtliche Bedeutung ist, hier aber in aller Schärfe wieder hervortritt. Als Ungericht oder Friedensbruch bezeichnet der Sachsenspiegel zunächst eine jede im Sinne seiner Zeit verbrecherische Handlung. Wenn es aber hier die That selbst und die in ihr enthaltene Rechtsverletzung ist, welche sie als Friedensbruch characterisirt, so kommen außerdem noch anderweitige Handlungen vor, welche nicht an sich, sondern aus anderem Grunde als Friedensbruch bestraft werden. Dahin gehören: 1. die Verletzung eines besonderen vom Richter gebotenen Friedens [2]), gleichviel wie die Handlung an sich beschaffen war; 2. die Verletzung des besonderen unter den Parteien gelobten Friedens [3]); und endlich 3. die Verletzung des besonderen von der Reichsgesetzgebung gebotenen Friedens, dessen Zweck es ist, die Ausübung berechtigter Selbsthilfe und Rache zu beschränken, um Gefährdungen des allgemeinen Rechtsfriedens vorzubeugen, so daß hier unter solcher Voraussetzung selbst die an sich berechtigte Handlung als Friedensbruch erscheinen kann. Rechtsverletzungen der letzteren Art werden auch im engeren Sinne als Friedensbruch schlechthin bezeichnet [4]).

Das Eigenthümliche des Friedensbruches im weiteren Sinne, wonach er also mit Verbrechen überhaupt gleichbedeutend ist, zeigt sich:

1. darin, daß alle Friedensbrüche mit einer öffentlichen

1) Dem Sachsenspiegel fehlt eine gemeinsame Bezeichnung dieser zweiten Klasse strafbarer Handlungen.
2) Sächs. Ldr. III. 20. 3. III. 36. 1—2.
3) Sächs. Ldr. III. 9. 2.
4) Sächs. Ldr. II. 66. 1—2. II. 13. 5. II. 71. 1.

Digitized by Google

Strafe bedroht sind, und zwar unterscheidet in Beziehung auf sie der Sachsenspiegel wieder die Strafen, welche an das Leben, und die Strafen, welche an die Hand gehen. Von den ersteren wird das Hängen, Rädern, Köpfen, Verbrennen, von den letzteren nur das Abhauen der Hand erwähnt, obwohl man darunter ohne Zweifel alle verstümmelnden Strafen begriff [5]). Ueberall, wo eine öffentliche Strafe stattfindet, ist dagegen jede Vermögensbuße ausdrücklich ausgeschlossen, und nur der Verlust des Lehns und Verlust von Erbansprüchen kommt in Verbindung mit öffentlichen Strafen vor [6]). Die Ehrenstrafen der Ehrlosigkeit und Rechtlosigkeit kommen nicht selbständig, sondern nur in Verbindung mit anderen öffentlichen Strafen vor [7]). Die Verfestung oder Acht als selbständiges Strafmittel ist dem Sachsenspiegel unbekannt [8]).

2. Als Friedensbruch kann eine Rechtsverletzung nur bestraft werden, insofern sie sich als wahres Verbrechen, d. h. als eine aus dem Wissen und freien Willen des Thäters entsprungene und ihm darum zuzurechnende Handlung darstellt. Kann man allerdings vom Standpunkte eines mittelalterlichen Rechtsbuches aus nicht eine irgend vollständige oder genügende Entwickelung der Zurechnungslehre erwarten, so enthält doch der Sachsenspiegel Andeutungen genug, um wenigstens das Bewußtsein des Volksrechtes seiner Zeit von jenem allgemeinen Grundsatze kenntlich zu machen.

Die Voraussetzung des Friedensbruches ist hiernach nicht bloß die Zurechnungsfähigkeit überhaupt, so daß Sinnlose und Unmündige zur Begehung des Friedensbruches unfähig sind [9]),

---

5) Sächs. Ldr. II. 13. II. 16. II. 28. §. 3. II. 39. §. 1. III. 9. §. 2.

6) Sächs. Ldr. III. 50. III. 84.

7) Sächs. Ldr. I. 38. 39. 65. II. 13. III. 28. 82.

8) Ebenso wenig findet sie sich in dieser Form im Schwabenspiegel. Dagegen entsprach dieses Strafmittel, besonders in der modificirten Form einer lebenslänglichen oder auf beschränkte Zeit ausgesprochenen Verbannung, den städtischen Verhältnissen und findet sich darum schon früh und häufig in den Stadtrechten, z. B. Straßburger Statut aus der Zeit Heinrichs v. Stahleck 1245—60. Das Recht, das Winterthur 1297 Mellingen mittheilt, bei Gaupp Stadtrechte. Goslar'sche Statuten (Göschen) S. 49. 60. Ebenso kommen die Stadtrechte mit der Reichsgesetzgebung darin überein, daß sich in ihnen weit länger als im Landrechte die Vermögensbußen in ausgedehntem Maße erhalten.

9) Sächs. Ldr. II. 65. §. 1. III. 3.

Digitized by Google

sondern auch, daß der Zurechnungsfähige im concreten Falle mit Bewußtsein und Freiheit gehandelt habe [10]). In Betreff der freiwilligen Handlung unterscheidet der Sachsenspiegel ferner die absichtliche (dolose) und die fahrlässige (culpose) Handlung. Die Fahrlässigkeit (warlose) aber wird ganz allgemein vom criminellen Unrechte ausgeschlossen, so daß der Friedensbruch also stets die Absicht (dolus) voraussetzt, und darum auch in den Fällen, in welchen eine widerrechtliche Handlung ihrer Natur nach nur dolose begangen werden kann, eine Strafe nicht eintritt, wenn im concreten Falle der Mangel der Absicht sich aus den Umständen ergiebt [11]). Die Verschiedenheit der Bestrafung giebt zu erkennen, daß der Sachsenspiegel in gleicher Weise, wie bereits das älteste germanische Strafrecht, bei dem dolosen Verbrechen wiederum Rücksicht nimmt auf die ethische Verschiedenheit der verbrecherischen Willensbestimmung, wonach die offen in der Aufwallung des Zornes begangene That minder schuldhaft erscheint, als die verheimlichte That, in der sich gleichzeitige kaltblütige Bosheit und verwerfliche Feigheit des Thäters kund geben [12]).

Des Versuches und seiner strafrechtlichen Behandlung gedenkt der Sachsenspiegel nur in einer Stelle (I. 62. §. 2), indem das „auf eines Anderen Schaden gezückte Schwerdt" dem Richter verfallen erklärt wird. Wenn der Schwabenspiegel (Laßb.) Art. 98 diesen Grundsatz wiederholt und außerdem (Art. 326) zugleich den Versuch der Vollendung in der Strafbarkeit gleich stellt, so möchte sich hieraus Folgendes ergeben. Die Versuchshandlung,

10) Sächs. Ldr. III. 84. §. 3.

11) Sächs. Ldr. II. 38. II. 36. §. 1. III. 89.

12) Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß der Unterscheidung von Mord und Todtschlag (II. 13. §. 4—5) diese uralte germanische Auffassung und nicht wie die Glosse will, der damit allerdings verwandte Unterschied der Präneditation und des Affectes zu Grunde liegt. Wenn übrigens der Sachsensp. jene Unterscheidung nur bei der Tödtung hervorhebt, so ist sie doch auch für andere Verbrechen von Bedeutung, und hierher gehört es, wenn das Weichbildrecht Art. 58 (Daniels) die Verwundung mit dem Messer als düdik und darum schwerer zu bestrafen als die Verwundung mit dem Schwerdte bezeichnet. Ebenso erklärt es sich hieraus, daß der Diebstahl mit der entehrenden Strafe des Erhängens, der Raub, d. h. die mit offener Gewalt, wenn auch nicht gerade an der Person, begangene Entwendung, falls nicht eine sonstige Qualifikation hinzukommt, gelinder mit der ehrlichen Strafe des Köpfens belegt wird. Sächs. Ldr. II. 13. §. 5. II. 13. §. 1. II. 39.

Digitized by Google

insofern sie nicht zugleich eine vollendete Rechtsverletzung enthält, ist an sich, weil dem Bedrohten beim Mangel eines Schadens auch das Klagrecht fehlt, straflos, und nur dann strafbar, wenn sie als gefährliche Handlung selbständig mit einer Strafe bedroht ist. Dies ist der Fall beim Zücken des Schwerdtes, womit es übereinstimmt, daß wegen des mangelnden Klägers diese Handlung besonders als eine vom Bauermeister zu rügende genannt wird [13]). Enthält dagegen der Versuch eine hinter der Absicht zurückbleibende Rechtsverletzung, und ist diese Absicht selbst evident, so wird der Versuch der Vollendung gleich gestraft. Ebenso begründen auch die Unterschiede der Theilnahme am Verbrechen keinen Unterschied in der Strafe, indem Anstifter, Gehilfe und Hehler dem Urheber gleichgestellt werden [14]).

3. Der Friedensbruch steht in nothwendiger Verbindung mit der Verfestung, indem nur beim Friedensbruch die Verfestung als prozessualisches Zwangsmittel statt finden kann. Darum spricht es der Sachsenspiegel zugleich als allgemeinen Grundsatz aus, daß Verfestung nur bei Verbrechen, die an Leib und Hand gehen, statt finden könne [15]). Außerdem trifft die Verfestung auch den Dingflüchtigen sofort, wenn er um Ungericht angeklagt ist [16]). Die strafrechtliche Folge der Verfestung ist, daß der Beklagte, wenn er gefangen vor Gericht gebracht und der geschehenen Verfestung wie der That überführt wird, jedesmal und ohne Rücksicht auf die Größe seiner Schuld die Todesstrafe erleidet [17]). Entgeht der Verfestete der Gefangennehmung, so wird die Verfestung des niederen Richters in die des höheren und zuletzt in

---

13) Sächs. Ldr. I. 2. §. 4.

14) Sächs. Ldr. II. 13. §. 6. III. 46. §. 2.

15) Sächs. Ldr. I. 68. §. 1. I. 67. Die Beweise, die Göschen (Goslarsche Statuten S. 298. 483) gegen die Allgemeingiltigkeit dieses Grundsatzes beibringt, ergeben nur, daß bei nicht übernächtiger That die Verfestung sofort, in anderen Falle erst in Folge des Ungehorsams nach dreimaliger gehöriger Vorladung erfolgen kann, keineswegs aber, daß auch bei Vergehen, die nur an Haut und Haar gehen, ebenfalls Verfestung eintreten könne. Es wird sich weiter unten noch näher ergeben, daß im Sachsenspiegel, sowenig wie in den älteren Quellen, die Strafe an Haut und Haar als eine criminelle behandelt wird. Vgl. Glosse zum Sächs. Ldr. I. 67.

16) Sächs. Ldr. II. 45.

17) Sächs. Ldr. I. 66. §. 3. I. 68. §. 5. III. 18. III. 88. §. 2—3.

Digitized by Google

die vom Könige ausgesprochene Acht verwandelt, und dieser folgt nach Jahr und Tag die Oberacht, durch welche der Angeklagte rechtlos wird und Eigen und Lehn verliert [18]). Die Folgen der Verfestung und der Acht können dagegen vollständig beseitigt werden, indem der Angeklagte sich freiwillig zu Recht erbietet [19]).

In Bezug auf die einzelnen Verbrechen läßt sich auf dem Standpunkte des Sachsenspiegels eine irgend genauere Angabe der rechtlichen Erfordernisse des Thatbestandes nicht erwarten. Das einzelne Verbrechen wird nicht in seiner rechtlichen Bedeutung, sondern als ein thatsächliches Verhältniß, dessen Wesen durch die Volksanschauung bestimmt und darum allgemein bekannt ist, betrachtet, so daß es nur darauf ankommt, die Strafe als rechtliche Folge der That festzustellen. Nur mittelbar giebt die Erörterung des Beweisverfahrens bei einzelnen Verbrechen dazu Veranlassung, das eine oder andere Moment des Thatbestandes desselben zu erwähnen.

Wenn in der Festsetzung der Strafen sich allerdings das Streben kund giebt, sie in Rücksicht nicht nur auf das Maß der Schuld, sondern auch die Eigenthümlichkeit der verbrecherischen Willensbestimmung abzumessen, so giebt sich doch die Rohheit in der Auffassung der verschiedenen Verbrechen darin zu erkennen, daß nur eine sehr geringfügige Abstufung in den Strafmitteln statt findet, welche bei weitem nicht ausreicht, um der großen Mannigfaltigkeit der verschiedenartigen Gestaltung des Verbrechens und der Verschuldung zu entsprechen, und daß darum überhaupt nicht jedem besonderen Verbrechen seine besondere Strafe zugemessen, sondern vielmehr unter eine Strafe eine ganze Klasse von Verbrechen zusammengefaßt wird. Hiernach trifft

1. die Strafe des Rades diejenigen Verbrechen, bei welchen in dem heimlichen, meuchlerischen Benehmen des Thäters die volle Ehr- und Treulosigkeit, sowie die kaltblütige Bosheit desselben sich kund geben, d. h. der Mord, Mordbrand und Verrath. Den genannten Verbrechen wird ferner noch eine Form des Dieb-

18) Sächs. Ldr. I. 71. III. 34.
19) Sächs. Ldr. II. 4. §. 1. III. 17. §. 1. III. 34. §. 1.

Digitized by Google

ſtahls gleichgeſtellt, die zugleich einen Friedensbruch im engeren Sinne, d. h. eine Verletzung des beſonderen, durch die Reichsgeſetzgebung gebotenenen Friedens enthält, nämlich der Raub an befriedeten Sachen, wie der Pflug, die Mühle, Kirche oder Kirchhof, inſofern ſich auch hier die Ehr- und Treuloſigkeit der Geſinnung bekunden, theils in der habſüchtigen Aneignung fremden Gutes, theils in dem feigen Angriffe auf Gegenſtände, welche, vermöge ihrer Schutz- und Wehrloſigkeit, eines beſonderen Friedens vorzüglich bedürfen [20]).

2. Die Strafe des Verbrennens auf dem Scheiterhaufen trifft das Verbrechen der Zauberei, wie daſſelbe in ſolcher Weiſe ſchon in älteſter heidniſcher Zeit bei den Franken und Sachſen beſtraft wurde. Nicht als eine beſondere Art der Geſundheitsbeſchädigung oder Tödtung, ſondern als eine Form der Zauberei wird die Vergiftung mit der gleichen Strafe belegt. In einem wichtigen Punkte weicht aber hier der Sachſenſpiegel von den Satzungen des älteren Rechtes ab. Die Zauberei, Anfangs von der chriſtlichen Kirche als ein mit dem Chriſtenthume unvereinbarer und darum verwerflicher heidniſcher Aberglaube bekämpft, wurde allmälig als ein Zeichen des Abfalls vom chriſtlichen Glauben, und ſodann dieſer Abfall ſelbſt als das eigentliche Verbrecheriſche in der Zauberei betrachtet. Während daher in den älteren Rechtsquellen nur die durch Zauberei bewirkte Rechtsverletzung beſtraft wird [21]), belegt der Sachſenſpiegel vielmehr den in der Zauberei ſich bekundenden Unglauben und Abfall vom Chriſtenthum, ganz abgeſehen von einem beſtimmten rechtsverletzenden Erfolge, mit der Strafe des Verbrennens [22]). Die Folge davon war, daß hiermit die Möglichkeit noch weiterer Ausdehnung dieſer Klaſſe von Verbrechen gegeben war, indem noch anderweitige Handlungen unter den Geſichtspunkt des Abfalls vom

20) Sächſ. Ldr. II. 13. §. 4. Erklärt der Schwabenſpiegel (Laßb. 174) die Worte des Sachſenſpiegels „di ire bodescap wervet to irme vromen“ richtig, ſo iſt hiermit nur eine beſondere Form des Verrathes gemeint.

21) L. Sal. (Merkel) XIX. L. Rip. LXXXIII. L. Bajuv. XII. 8. L. Wisig. VI. 2.

22) Sächſ. Ldr. II. 13. §. 7.

Digitized by Google

christlichen Glauben gestellt wurden, wie z. B. schon der Schwabenspiegel den Geschlechtsumgang von Christen mit Juden aus diesem Grunde mit dem Feuertode bestraft.

3. Mit dem Abschlagen des Kopfes werden bestraft: der Todtschlag, einfacher Raub und Brand, Nothzucht, Ehebruch, widerrechtliche Gefangenhaltung eines Menschen und alle Formen des Friedensbruchs im engeren Sinne, insofern sie nicht im Raube an befriedeten Sachen und Orten bestehen [23]). Auch hier ist es die Gleichartigkeit der verbrecherischen Willensbestimmung, vermöge deren diese Verbrechen unter eine Strafe zusammengefaßt werden. Die Anschauung, von welcher jene Zeit bei der rechtlichen und sittlichen Würdigung des Verbrechens ausgeht, stimmt freilich bei gänzlich veränderten politischen und socialen Zuständen mit der unsrigen nicht völlig überein. In Zuständen, wie die unsrigen, in welchen die Einflüsse der uns umgebenden rechtlichen und sittlichen Ordnung unwillkürlich und fast unwiderstehlich den trotzigen Eigenwillen der Persönlichkeit brechen, die Thatkraft der freien Individualität abschwächen, in welchen die Staatsgewalt als eine fast allgegenwärtige der individuellen Willkür beschränkend entgegentritt, wird freilich das Verbrechen in der Regel sich als eine mit kalter, kluger Berechnung heimlich begangene That darstellen, und es wird uns darum die offene, gewaltthätige Auflehnung gegen das Recht, in Rücksicht auf die größere Gefährlichkeit, als das größere Verbrechen erscheinen. Umgekehrt in Zuständen wie die des 13ten Jahrhunderts, in denen nicht nur das Verbrechen am häufigsten als ein Ausbruch einer ungebändigten Thatkraft und rohen, sinnlichen Natur, und darum als ein Akt offener Gewaltthat sich darstellen wird, sondern in denen auch die Volksmeinung unbedenklich den in solcher That sich kundgebenden sittlichen Muth höher achten wird, als die im Finstern schleichende Feigheit. Aus solcher Rücksicht werden den mit der entehrenden Strafe des Räderns belegten Verbrechen die hier genannten entgegengesetzt, und mit der milderen nicht entehrenden Strafe des Köpfens bedroht. Das Ungenügende

23) Sächs. Ldr. II. 13. §. 5.

solcher Auffassung liegt freilich darin, daß nicht auf die eigenthümliche Gestaltung der verbrecherischen Willensbestimmung und der Schuld im concreten Falle Rücksicht genommen, sondern nach der allgemeinen Natur des Verbrechens eine bestimmte Form des verbrecherischen Willens vorausgesetzt wird, eine Voraussetzung, die sich im einzelnen Falle als falsch erweisen kann. Für den Thatbestand der genannten Verbrechen und unter Vergleichung der älteren wie späteren Rechtsquellen, besonders des Schwabenspiegels [24]), ergiebt sich hieraus namentlich, daß auch im Sachsenspiegel die Unterscheidung von Mord und Todtschlag von der unsrigen bedeutsam abweicht, indem auch die mit Prämeditation und nach längerer Vorbereitung, z. B. aus Rache in offener widerrechtlicher Fehde begangene Tödtung nicht Mord, sondern Todtschlag ist. Ebenso ergiebt sich von selbst der Unterschied von Mordbrand und einfacher Brandstiftung, von Raub, d. h. einer jeden mit offener Gewalt vollbrachten Entwendung und Diebstahl, der als das schwere Verbrechen mit entehrender Todesstrafe belegt wird. Für den Thatbestand der Nothzucht ist es von Interesse, daß, indem sie auch an fahrenden Weibern und an der Beischläferin begangen werden kann [25]), nicht die weibliche Ehre, sondern die persönliche Freiheit als Objekt der widerrechtlichen Gewalt betrachtet wird, die, ebenso wie jede widerrechtliche Gefangenhaltung, dem Todtschlage gleich bestraft wird.

4. Die Strafe des Erhängens ist die eigenthümliche entehrende Strafe des Diebstahls. Wie in den älteren Rechtsquellen, so wird auch im Sachsenspiegel der Diebstahl mit größerer Ausführlichkeit behandelt, als andere Verbrechen, und namentlich wird beim Diebstahl nicht allgemein ein bestimmter Grad der Verschuldung vorausgesetzt, sondern es findet, in Rücksicht auf verschiedene Momente der Zurechnung, eine mehrfache Abstufung der Strafe statt. Im allgemeinen charakterisirt sich der Diebstahl durch die in der Heimlichkeit der Entwendung sich kundgebende

24) Schwabenspiegel (Laßb.) 174.

25) Sächs. Ldr. III. 46. §. 1. Der Schwabenspiegel (Laßb. 254) kennt die Rücksicht auf die weibliche Ehre, insofern er wenigstens bei Nothzucht an einer Jungfrau die härtere Strafe des Lebendigbegrabens angiebt.

Digitized by Google

schändliche, ehrlose Gesinnung, steht darum auf gleicher Stufe mit den Verbrechen des Mordes, Mordbrandes und Verrathes, und wird wie diese mit einer entehrenden Todesstrafe bestraft. Daraus ergiebt sich, wie schon erwähnt, daß die mit offener Gewalt begangene Entwendung, weil das Moment der Heimlichkeit fehlt, gelinder, mit Köpfen bestraft wird, wofern nicht durch den Gegenstand, eine besonders befriedete Sache, eine Qualifikation hinzutritt, in Folge deren die Strafe des Rades eintritt. Hierzu tritt ferner die Unterscheidung rücksichtlich des Werthes der gestohlenen Sache, wonach der große mit Erhängen gestrafte Diebstahl von dem kleinen nur an Haut und Haar gestraften unterschieden wird. Die Grenze zwischen beiden bildet der Werth von 3 Schillingen [26]). Damit aber der Diebstahl ein kleiner sei, ist außerdem noch erforderlich, daß er am Tage begangen sei, da der dem Werthe der gestohlenen Sache nach kleine Diebstahl als großer bestraft wird, wenn er zur Nachtzeit statt fand [27]). Zum Thatbestande des Diebstahls gehört stets sowohl das wissentliche Entwenden fremden Eigenthums [28]), als auch das Fortbringen einer in der Were des Bestohlenen befindlichen Sache, weshalb derjenige keinen Diebstahl begeht, der fremdes Gut, das zufällig in seinen Besitz kam, ableugnet, sondern nur wegen diebischen Behaltens die Sache mit Buße und Gewedde zurückgeben muß [29]). Mit dem Erforderniß, daß nur die im Eigenthume befindliche Sache gestohlen werden könne, und der Volksanschauung, daß die im Wald wachsenden Bäume, das ohne Cultur auf der Wiese wachsende Gras, die im fließenden Wasser lebenden Fische, selbst wenn Wald, Wiese, Wasser Privateigenthum sind, erst durch eine Occupationshandlung ins Eigenthum übergehen, hängt es zusammen, wenn an Holz, Gras, Fischen, nur nachdem sie durch Abhauen, Schneiden, Fangen bereits ins Eigenthum übergegangen sind, ein Diebstahl statt findet [30]). Der im Nothstande von

---

26) Sächs. Ldr. II. 13. §. 1. II. 39.
27) Sächs. Ldr. II. 13. §. 1. II. 28. §. 3.
28) Sächs. Ldr. III. 89. II. 36. §. 4.
29) Sächs. Ldr. II. 29.
30) Sächs. Ldr. II. 28.

Digitized by Google

einem Reisenden an Getraide zu eignem Bedarf, und ohne daß er dasselbe fortführt, begangene Diebstahl ist straflos [31]).

5. Mit Abhauen der Hand wird bestraft die Körperverletzung, insofern sie so schwer ist, daß sie als Friedensbruch betrachtet wird [32]). Derartige Körperverletzungen sind: 1. die Lähmung, d. h. Beraubung oder Verstümmelung eines Gliedes, und 2. andere schwere Verwundungen und selbst schwere Mißhandlungen, die eine eigentliche Wunde nicht zur Folge hatten [33]). Obwohl der Sachsenspiegel im Allgemeinen kampfwürdige Wunden, d. h. solche die als Friedensbruch criminell bestraft werden, da nur beim Friedensbruche das Kampfgericht zulässig ist, von anderen Wunden unterscheidet, so giebt er doch die Grenze zwischen beiden nicht, wie andere Rechtsbücher, näher an.

Dieselbe Strafe des Abhauens der Hand trifft die Münzfälschung. Zur Begründung der Strafbarkeit genügt es, wenn der Besitzer falscher Münzen den Erwerb derselben nicht nachweisen kann, obwohl ohne Zweifel nicht der Besitz, sondern die wissentliche Fälschung, die in solchem Falle als erwiesen betrachtet wird, bestraft werden soll. Es ergiebt sich dies daraus, daß der Besitz einer nur kleinen Summe falscher Münzen, bei welcher ein unbewußter, rechtlicher Erwerb wahrscheinlich erscheint, straflos ist, und daß der größte Betrag falscher Münze, die man straflos besitzen darf, verschieden normirt ist, je nachdem der Besitzer bereits durch Raub oder Diebstahl rechtlos geworden ist, in welchem Falle der Besitz von 3½ Pfennig bereits Strafbarkeit begründet, oder vollkommen ist an seinem Rechte, in welchem Falle der Besitz von höchstens einem Schilling straflos ist. Der Münzer selbst aber büßt das Ausgeben falscher Münzen mit der Todesstrafe.

Eine Eigenthümlichkeit des Sachsenspiegels ist die Bestimmung, daß der Richter, welcher bei Klage um Ungericht sich einer Rechtsverweigerung schuldig macht, die Strafe erleiden soll, welche der Angeklagte hätte erleiden müssen [34]).

---

31) Sächs. Ldr. II. 68. II. 39. §. 2.
32) Sächs. Ldr. II. 16. §. 2. 5—9.
33) Sächs. Ldr. I. 68. §. 2—4.
34) Sächs. Ldr. II. 13. §. 8.

Digitized by Google

Wenn in solcher Weise der Sachsenspiegel ein vollständiges und wohlgeordnetes strafrechtliches System aufstellt, das, wie unvollkommen es im Einzelnen noch sein mag, doch einen bedeutsamen Fortschritt im Verhältniß zu den strafrechtlichen Zuständen der früheren Zeit bekundet, so läßt sich freilich nicht leugnen, daß sich für die strafrechtlichen Grundsätze des Sachsenspiegels in allem Wesentlichen die Anknüpfungspunkte bereits in den ältesten Quellen des germanischen Strafrechtes vorfinden. Namentlich könnte man gegen die Behauptung, daß der Sachsenspiegel in der Aufstellung eines geordneten Systemes öffentlicher Strafen einen wesentlichen Fortschritt bekunde, gegenüber der systemlosen Vermischung der verschiedenartigen Strafmittel des Reichsstrafrechtes, den Einwand machen, daß sich im Sachsenspiegel kein einziges Strafmittel finde, das nicht schon den Volksrechten und Capitularien bekannt und von ihnen in analoger Weise angewandt worden wäre. So richtig dieser Einwand ist, so ist doch darauf zu erwidern, einmal, daß zwar den Volksrechten öffentliche Strafen nicht unbekannt sind, wohl aber ein, alle als wirkliche Verbrechen (Friedensbrüche) betrachtete Handlungen umfassendes System öffentlicher Strafen, und sodann, daß im Sachsenspiegel die öffentliche Strafe eine andere Bedeutung erlangt hat, als ihr in den älteren Rechtsquellen zukommt.

Die an Leib und Hand gehenden Strafen der Volksrechte haben eine doppelte Bedeutung, indem sie entweder, und zwar nur ausnahmsweise in wenigen Fällen, unbedingt zur Anwendung kommen, oder bedingungsweise dann, wenn der Schuldige die verwirkte Vermögensbuße nicht leistet, oder nicht leisten kann [35]). Bekanntlich zeichnet sich gerade das sächsische Volksrecht vor anderen dadurch aus, daß es in einer Mehrheit von Fällen unbedingt die Todesstrafe eintreten läßt, eine Eigenthümlichkeit, die überdies unzweifelhaft im Volksrechte selbst und nicht im Einflusse der fränkischen Reichsgesetzgebung ihren Ursprung hat. Die Volksrechte selbst, sowie besonders die karolingische Gesetzgebung, beseitigen die unbedingt anwendbare Todesstrafe immer mehr, so

35) Vgl. Wilda Strafrecht der Germanen S. 495. 507.

Digitized by Google

daß hier die, nur sehr wenige Ausnahmen erleidende, Regel die Sühnbarkeit aller Verbrechen durch Vermögensbußen und die nur subsidiäre Bedeutung der Lebens- und Leibesstrafen ist. Die Entwickelung in der Bedeutung der Strafe an Leib und Hand, welche zwischen dieser Zeit und der des Sachsenspiegels mitten inne liegt, wird freilich nur durch wenige Andeutungen der Reichsgesetzgebung einigermaßen klar. Der nach dem Verfall der karolingischen Verfassung eintretende Zustand roher, den Rechtsfrieden überall durchbrechender Gewaltthätigkeit, welcher die in großer Zahl sich folgenden Landfriedensgesetze hervorrief, mußte zunächst auch für manche Fälle die Vermögensbuße als unzulänglich erscheinen lassen. Darum kehrt schon Heinrichs IV. const. pacis Dei zu den unbedingt anwendbaren öffentlichen Strafen zurück, und verhängt für den Bruch dieses besonderen Friedens Verbannung, Güterconfiscation, Enthauptung, Verlust der Hand „absque omni sumtuum interventione“. In gleicher Richtung folgen besonders Friedrichs I. const. de pace tenenda von 1156, und die treuga Henrici regis, obwohl freilich nicht anzunehmen ist, daß diese Strafen sofort in das Volksrecht und die gerichtliche Praxis eingedrungen wären und hier die Vermögensbußen verdrängt hätten. Vielmehr giebt Friedrichs I. const. contra incendiarios von 1187 und auch Friedrichs II. const. pacis von 1235 deutlich zu erkennen, daß auch jetzt noch diese Strafen an Leib und Hand als subsidiäre gehandhabt wurden. Von Interesse sind hierbei aber die Bestimmungen über die rechtliche Form einer Ablösung der Strafe durch Vermögensbuße. Die ausdrücklichen und ausführlichen Anordnungen beider Gesetze über die ordentliche Handhabung der Acht und Verfestung, über das Lösen aus derselben, über die Sicherstellung des Klägers, damit der Schuldige nicht ohne dessen Willen und ohne Buße und Gewedde zu zahlen entlassen werde, geben genügend zu erkennen, daß es darauf ankam, Mißbräuche zu beseitigen, in Folge deren entweder der Kläger in seinem Rechte auf Buße durch das Gericht, oder umgekehrt das Gericht in seinem Rechte zu strafen oder Gewedde zu fordern durch den Kläger, vermöge einer, ohne gerichtliche Vermittelung vorgenommenen, Uebereinkunft mit dem Schuldigen

Digitized by Google

beeinträchtigt wurde. Dieſe Rückſicht, Gericht wie Kläger in der ungehinderten Verfolgung ihres Rechtes zu ſchützen, iſt es daher wohl geweſen, vermöge deren die Löſung oder Ledigung der Strafe die eigenthümliche Form erhielt, die ſie im Sachſenſpiegel hat.

Daß es dem Beſchädigten jederzeit freiſtand „ſeines Schadens zu ſchweigen" und ohne gerichtliche Klage mit dem Schuldigen eine Taidigung einzugehen, um ſich mit einer Geldbuße abfinden zu laſſen, kann nicht zweifelhaft ſein.

Niemand iſt gezwungen zu klagen [36]), wogegen die gerichtliche Beſtrafung aller wirklichen Verbrechen von der Klage in ſofern unabhängig iſt, als das Gericht auch ohne eine ſolche in Folge einer Rüge verfahren kann [37]). Iſt die Klage erhoben, ſo muß ſie von dem Kläger durchgeführt werden, ſo daß alſo eine Beſeitigung derſelben durch eine Taidigung nicht zuläſſig iſt [38]). Andrerſeits können aber alle verwirkten und vom Richter zuerkannten Strafen geledigt, oder durch eine Geldbuße abgelöſt werden [39]), ein Beweis dafür, daß die vielen unbedingt anwendbaren Leibes- und Lebensſtrafen des ſächſiſchen Volksrechtes nicht in ſtetiger Ausübung geblieben, ſondern ebenfalls allmälig ſühnbar geworden und durch Geldbußen verdrängt waren. Dennoch aber haben im Sachſenſpiegel die öffentlichen Strafen nicht bloß eine ſubſidiäre Bedeutung, ſondern, abweichend von den älteren Rechtsquellen, werden hier die wegen leichterer Vergehen (Frevel) verhängten, an Haut und Haar gehenden Strafen, welche ihre frühere ſubſidiäre Bedeutung behalten haben [40]), unterſchieden von den wegen Ungerichtes (Friedensbruches) verhängten, an Leib und Hand gehenden Strafen. Bei letzteren nämlich ſteht es nicht, wie bei erſteren, im Willen des Schuldigen, ſie durch eine Buße von ſich abzuwenden, ſondern ſie ſind in Bezug auf ihn unbedingt anwendbare. In Bezug auf den

36) Sächſ. Ldr. I. 62. §. 1.
37) Sächſ. Ldr. I. 2. §. 4.
38) Sächſ. Ldr. I. 53. §. 1. II. 8.
39) Sächſ. Ldr. I. 38. §. 1. I. 65. §. 2.
40) Sächſ. Ldr. II. 13. §. 1. III. 64. §. 11.

Digitized by Google

Kläger und den Richter aber haben sie eine subsidiäre Bedeutung, insofern als diese zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet sind, die Ledigung der Strafe zu gestatten.

Die Ledigung der Strafe setzt also voraus die Gnade des Richters, die wiederum ihrerseits nicht ohne Einwilligung des Klägers stattfinden darf [41]). Uebrigens wird durch die Ledigung der Strafe die durch das Verbrechen verwirkte Rechtlosigkeit nie aufgehoben [42]). Es ergiebt sich hieraus, daß die öffentlichen Strafen des Sachsenspiegels sich auch dadurch von den früherhin vorkommenden wesentlich unterscheiden, daß sie erst hier den wahren Charakter öffentlicher Strafen dadurch angenommen haben, daß sie nicht mehr von Rechtswegen durch den Schuldigen, sondern nur noch durch die Gnade des Richters mit Einwilligung des Klägers abgelöst werden können. Die Folge davon, daß der Sachsenspiegel in solcher Weise gleichsam noch eine Erinnerung an den bisherigen strafrechtlichen Zustand festgehalten hatte, war aber, daß wir hier neben einem geordneten Systeme wirklich öffentlicher Strafen, zugleich noch die Bußen und das Wergeld, freilich als einen seiner wesentlichsten Bedeutung entkleideten und absterbenden Ueberrest der früheren Zeit, stehen sehen.

In allen Fällen, in welchen eine öffentliche Strafe an Leib und Hand verwirkt ist, findet eine Buße und ein an den Richter zu zahlendes Gewedde, das in der Regel jene voraussetzt, nicht statt [43]). Wo die Buße aber statt findet, hat sie entweder die Bedeutung einer für bestimmte Vergehen an den Kläger zu zahlen-

41) Die angeführten Grundsätze des Sachsenspiegels bedürfen allerdings, um völlig klar zu werden, der Vergleichung mit dem Schwabenspiegel, die hier um so weniger ein Bedenken gegen sich haben kann, als die Bestimmungen des Sachsenspiegels mit denen des Schwabenspiegels völlig und meist wörtlich übereinstimmen, nur daß letzterer die Bedeutung derselben vollständiger angiebt. Die nur subsidiäre Bedeutung der Strafen an Haut und Haar, wohl schon durch die angeführten Stellen des Sachsenspiegels nicht zu bezweifeln, wird noch klarer durch Schwabensp. (Laßb.) 174. 196. 232. Daß dagegen die Strafen an Leib und Hand, welche der Sachsenspiegel ganz allgemein für ablösbar erklärt, ohne doch je, wie bei den Strafen an Haut und Haar, die Ledigung in die Wahl des Schuldigen zu stellen, wirklich nur mit Einwilligung des Klägers und Richters gelöst werden können, ergiebt sich aus Schwabensp. (Laßb.) 176. 232. 317. Bestätigt wird dies ausdrücklich auch durch die Glosse zum Sachsensp. I. 62.

42) Sächs. Ldr. I. 38. §. 1. 2. II. 13. §. 1. I. 65. §. 2.

43) Sächs. Ldr. III. 50. I. 53. §. 1.

Digitized by Google

den Privatstrafe, und als solche kommt sie hier zunächst nicht in Betracht, oder sie hat die Bedeutung, in Folge einer von dem Kläger und dem Richter bewilligten Ledigung an Stelle der öffentlichen Strafe zu treten, und wo sie gezahlt wird, zieht sie zugleich das dem Richter gebührende Gewedde nach sich[44]). Die Buße hat darum die gleiche Voraussetzung, wie die öffentliche Strafe, d. h. sie erfordert eine zuzurechnende schuldhafte Handlung[45]). Die Größe der Buße ist eine verschiedene, in Rücksicht auf die Standesverschiedenheit und das Geschlecht, indem die Ehefrau die halbe Buße ihres Mannes, die unverheirathete Frau die halbe Buße eines ihrem Geburtsstande angehörenden Mannes erhält[46]). Wie in den älteren Rechtsquellen beziehen sich diese Bußsätze auf die Tödtung. Obwohl aber der Sachsenspiegel, abweichend von den Volksrechten, in denen dieser Unterschied nur aus der Verschiedenheit der Zahlen zu erkennen ist, im allgemeinen Buße und Wergeld genau unterscheidet, so wird doch für Körperverletzungen die Buße nicht bestimmt, in Rücksicht auf den für Tödtung zu zahlenden Bußsatz, sondern als ein Theil des Wergeldes[47]). Unklar ist es, in welcher Weise die Buße bei Vermögensbeschädigungen bemessen wurde. Wenn schon in den Volksrechten häufig der Werth zu Grunde gelegt wurde, und auch der Schwabenspiegel bei Raub und Diebstahl doppelten Ersatz anordnet[48]), so ist es wohl wahrscheinlich, daß auch hier der Werth den Maßstab bildete.

Das Wergeld hat im Sachsenspiegel, insoweit es vorkommt, noch seine alte Bedeutung, nämlich eine, ohne Rücksicht auf die subjektive Schuld, nur zur Sühne der objektiven Rechtsverletzung, und um damit die Rache des Beschädigten oder seiner Blutsverwandten abzuwenden, gezahlte Geldsumme zu sein. Darum wird das Wergeld in Fällen, in welchen der geschehenen Rechtsverletzung der Charakter der verbrecherischen Handlung gänzlich fehlt, und nicht bloß an den Beschädigten, sondern bei dessen

44) Sächs. Ldr. III. 32. §. 10. III. 45. §. 10.
45) Sächs. Ldr. III. 48.
46) Sächs. Ldr. III. 45.
47) Sächs. Ldr. II. 16. §. 5. 6. 7.
48) Schwabensp. (Laßb.) 42.

Digitized by Google

Tode auch seinen Verwandten gezahlt [49]). Läßt sich aber in diesen Bestimmungen der ursprüngliche Charakter des Wergeldes zwar wiedererkennen, so ist es doch freilich zu einem bedeutungslosen Ueberrest der früheren Zeit zusammengeschrumpft. Wenn schon in den Volksrechten die Bedeutung des Wergeldes als Familienbuße allmälig zurücktritt und verschwindet, um wie viel mehr mußte dies in der Zeit des Sachsenspiegels der Fall sein, in einer Zeit, in welcher nicht bloß vermöge der Sitte die Familie ihre frühere rechtliche Bedeutung verloren hatte, sondern auch bei allen wirklichen Verbrechen das Recht des Schuldigen die Rache des Beschädigten und seiner Familie durch Zahlung des Wergeldes zu sühnen, durch öffentliche Strafen verdrängt war. Darum wird das Wergeld jetzt nur noch gezahlt in Fällen, in welchen wegen mangelnder Schuld eine Klage und Bestrafung wegen Ungerichtes nicht statt finden kann, bei Tödtung in Nothwehr, aus Fahrlässigkeit, durch ein Kind oder durch Thiere. Dem Herkommen gemäß erhalten die Verwandten das Wergeld, nicht aber weil sie eine Rachebefugniß haben, die gesühnt werden mußte, da im Gegentheil, wo die Verwandten des Getödteten klagend auftreten, eine öffentliche Strafe, nicht aber Zahlung des Wergeldes die Folge davon ist [50]). Der Betrag des Wergeldes ist in gleicher Weise, nicht aber in dem gleichen Verhältniß nach Maßgabe des Geburtsstandes abgemessen [51]).

Im Gegensatze zu den Verbrechen (Ungericht, Friedensbruch), bilden eine zweite Klasse strafbarer Handlungen die leichteren Vergehen (Frevel), welche mit den Verbrechen freilich darin übereinkommen, daß auch hier ein schuldhaftes, zuzurechnendes Handeln vorausgesetzt wird, sich von ihnen aber darin unterscheiden, daß sie keine peinliche Strafe und niemals Verfestung nach sich ziehen. Es gehören zu diesen Vergehen: Schlagen ohne Verwundung, Beleidigung, der kleine Diebstahl, das Ableugnen gefundener Sachen, Fälschung von Maß, Wage und Waaren, und

49) Sächs. Ldr. II. 14. §. 1. II. 38. II. 40. §. 1. II. 65. §. 1.
50) Sächs Ldr. I. 64.
51) Sächs. Ldr. III. 45.

Digitized by Google

verschiedene processualische Vergehen[52]). In Betreff der Strafe findet aber ein Unterschied statt, je nachdem das Vergehen eine Strafe an Haut und Haar, oder nur eine Vermögensstrafe nach sich zieht. Die erstere findet bei den Vergehen statt, bei welchen, wie beim kleinen Diebstahle oder der Fälschung, sich eine ehrlose Gesinnung kund giebt, unterscheidet sich aber von den eigentlich criminellen Strafen dadurch, daß es dem Schuldigen anheim gegeben ist, sie zu erdulden, oder sie sofort durch eine Vermögensbuße zu ledigen, in welchem letzteren Falle aber auch hier die Rechtlosigkeit, welche die Strafe an Haut und Haar mit sich bringt, nicht abgewandt wird[53]). Die Strafe selbst bestand wohl nur in der Stäupung, während sie früher, so lange es noch als besondere Ehre galt, lange Haare zu tragen, mit dem beschimpfenden Abscheeren der Haare verbunden war[54]). Die Vermögensstrafen bestehen entweder in einer an den Beschädigten zu zahlenden Buße, neben welcher noch Schadensersatz vorkommen kann, und mit welcher stets ein an den Richter zu zahlendes Gewedde verbunden ist, oder nur in einem Gewedde. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Zahlung von Buße in Verbindung mit dem Gewedde die Beschädigung einer Privatperson voraussetzt, wogegen das Gewedde nur in den Fällen gezahlt wird, in welchen durch processualische Vergehen allein das Gericht verletzt erscheint[55]).

---

52) Sächs. Ldr. II. 16. §. 8. III. 37. §. 1. II. 13. §. 1. II. 28. §. 1–3. II. 29. 37. §. 1. II. 13. §. 3. II. 8. 29. III. 23.

53) Sächs. Ldr. II. 13. §. 1. 3. und Glosse dazu.

54) Die Strafe an Haut und Haar hat wohl nichts gemein mit der Decalvation, d. h. dem Abziehen der Haut mit dem Haare, oder dem Auswinden der Haare mit der Haut, die gewiß als peinliche Strafe betrachtet wurde. Vgl. Wilda Strafr. der Germ. S. 514. Walter deutsche Rechtsgeschichte §. 677. Die Glosse zum Sächs. Ldr. II. 13 beschreibt zwar die Strafe an Haut und Haar als Stäupung in Verbindung mit dem Auswinden der Haare, bezeichnet aber letzteres als einen veralteten, nicht mehr vorkommenden Gebrauch.

55) Sächs. Ldr. I. 53. §. 1. III. 23. Göschen Goslar. Stat. S. 351 hat die erstere Stelle, welche alle Fälle, in denen Gewedde gezahlt wird, anführen will, und neben den processualischen Vergehen im allgemeinen auch die Fälle nennt, in denen der Beschädigte Buße erhält, falsch verstanden, wenn er daraus folgert, daß der Sachsenspiegel auch die Buße auf processualische Vergehen beschränke. Damit lösen sich die Widersprüche gegen jenes vermeintliche Princip, die er in sehr gezwungener Weise zu beseitigen sucht, von selbst.

Digitized by Google

§. 5.

Das Strafrecht der Mark Brandenburg auf der Grundlage des Sachsenspiegels.

Wenn für die Erkenntniß des strafrechtlichen Zustandes der Mark vom 13ten bis zum Ende des 15ten Jahrhunderts die vorhandenen Quellen nur eine geringe Ausbeute geben, so reichen sie doch hin, um zu bestätigen, daß auch in Betreff des Strafrechtes nicht bloß das Sachsenrecht überhaupt, sondern namentlich auch der Sachsenspiegel selbst in fortwährender Anwendung blieb. Der nächste Beweis dafür ist die aus der Mark hervorgegangene, und auf die Eigenthümlichkeit der märkischen Rechtsverhältnisse sich so vielfach beziehende Glosse zum Sachsenspiegel. Wenn sie in Betreff der Verfassung, des Gerichtswesens, Prozeßverfahrens und Privatrechtes überall die Besonderheiten des märkischen Rechtes hervorhebt, so darf man aus dem Umstande, daß sie in Betreff des Strafrechtes keine irgend bedeutsame Abweichung des märkischen Rechtes anzugeben weiß, wohl auf die unveränderte und fortdauernde Anwendung der strafrechtlichen Bestimmungen des Sachsenspiegels schließen. Daß aus der Bekanntschaft der Glosse mit dem römischen Rechte, und ihrem Bestreben, jeden Rechtsgrundsatz durch Anführungen aus den römischen Rechtsquellen zu unterstützen, nicht im entferntesten auf ein allmäliges, schon in jene Zeit fallendes Eindringen des römischen Rechtes in die strafrechtliche Praxis zu schließen sei, dafür ist, wenn es auch andere Zeugnisse nicht gäbe, die Glosse selbst Beweis genug. Die Kenntniß der römischen Rechtsquellen ist dem Glossator selbst eine so rein äußerliche, daß seine Darstellung der strafrechtlichen Lehren nirgends von dieser Kenntniß bestimmt oder auch nur gefärbt erscheint, und selbst da, wo er es versucht, das Strafrecht des Sachsenspiegels durch Anführung einer Reihe, diesem unbekannter, Verbrechen aus dem römischen Rechte zu ergänzen [1]), giebt sich seine, nur vom Geiste des deutschen Strafrechtes getragene, Anschauung zu erkennen.

---

1) Glosse zu Sächs. Ldr. II. 16.

Digitized by Google

Von einer gesetzgebenden Thätigkeit der Markgrafen, die etwa umgestaltend eingegriffen hätte, ist in dieser Zeit auch hier nicht die Rede, wenn man nicht etwa das vom Burggrafen Friedrich, als „obersten Verweser der Mark", 1414 erlassene Mandat wider die Störer des Landfriedens als Beginn einer solchen betrachten will [2]). In gleicher Weise, wie die jener Zeit angehörenden Landfriedensgesetze der Kaiser, bezieht es sich nur auf die ordentliche Handhabung der Gerichtsgewalt und des bestehenden Strafrechtes. Dieses aber tritt uns als das des Sachsspiegels, und gänzlich unberührt von Einflüssen des römischen Rechtes, noch am Ende des 15ten Jahrhunderts in einer Reihe von Straferkenntnissen entgegen, die in dem Rechtsspruch-Register der Markgrafen Albrecht und Johann aus den Jahren 1479 bis 1494 enthalten sind [3]). Noch im Jahre 1481 erbietet sich Claus von Borstell, wegen Raubes angeklagt, „als ein freier Sachse" seine Unschuld zu beweisen [4]). Von Interesse ist nur der eine Umstand, daß die öffentlichen Strafen und deren wirkliche Vollstreckung als die Regel immer mehr hervortreten, die im Sachsenspiegel noch enthaltenen Reste der alten Vermögensbußen dagegen mehr und mehr verschwinden. So tritt bei Injurien an die Stelle von Buße und Gewedde in den angeführten Rechtssprüchen stets ein gerichtlich formulirter Widerruf, oder eine Ehrenerklärung. Das Wergeld erhält sich zwar fortwährend im Gebrauch [5]), aber das Bewußtsein seiner Bedeutung geht allmälig ganz verloren. Schon die Glosse zum Sachsenspiegel weiß sich den Rechtsgrund eines wegen Tödtung in Nothwehr an die Schwerdtmagen des Getödteten gezahlten Wergeldes nicht mehr zu erklären, und betrachtet es in den Fällen, in welchen es wegen Verwundung an den Beschädigten selbst gezahlt wird, als eine Vergütigung der erlittenen Schmerzen [6]). Der bedeutsamste in den Sachsenspiegel übergegangene Rest des älteren Strafrechtes, nämlich die Möglichkeit, auch die durch Un-

2) Raumer Cod. dipl. Brandb. I. p. 82.
3) Raumer l. c. II. p. 105.
4) Raumer l. c. II. p. 163.
5) Gerken Codex dipl. Brandb. III. p. 95. IV. p. 456.
6) Glosse zum Sächs. Ldr. II. 14. 21.

Digitized by Google

gericht verwirkte Strafe an Hals und Hand ledigen oder durch Geld ablösen zu können, mußte endlich ebenfalls allmälig eine veränderte Gestalt annehmen, je mehr das Bewußtsein der Bedeutung und der Nothwendigkeit der öffentlichen Strafe stieg. Die Ablösung der Strafe war, wie gezeigt, bedingt durch die Einwilligung des Gerichtes und des Klägers; aber schon die magdeburgischen Schöffensprüche [7]) zeigen, daß ihre Zulassung nicht mehr nur als ein Ausfluß der Willkür betrachtet, sondern, so viel als möglich auf einen Rechtsgrund zurückgeführt wurde, indem man sie an die Voraussetzung knüpfte, daß der Schuldige, mit freiwilligem Bekenntnisse seiner Schuld, sich in die Gnade des Richters gestellt habe [8]). Hierzu kommt ferner der Umstand, daß, wenn ursprünglich die Geldbuße die Regel bildete, und die Strafe an Leib und Leben nur subsidiär eintrat, wenn im Sachsenspiegel umgekehrt die öffentliche Strafe die Regel bildet, an deren Stelle nur bedingungsweise die Geldbuße tritt, nunmehr, mit der erwachten Erkenntniß, daß allein die öffentliche Strafe zur Sühnung des Verbrechens ausreiche, die Geldbuße überhaupt gar nicht mehr als ein Mittel zur wirklichen Tilgung der Schuld erscheinen konnte. Die Ledigung der Strafe gewann damit die Bedeutung einer wirklichen, ohne das Verdienst des Verbrechers und ohne ein genügendes Aequivalent seiner Schuld, gewährten Gnade, vor welcher mehr und mehr die Einwilligung des Klägers und die ihm zukommende Buße als das Untergeordnete zurücktreten mußten, so daß freilich wohl nie der Kläger gegen den Willen des Gerichtes, wohl aber umgekehrt das Gericht oft gegen den Willen des Klägers Gnade ertheilen oder verweigern mochte. Ebenso lag es nahe, daß nunmehr die Gnade sich nicht mehr bloß als Ledigung der Strafe, sondern auch, vom Kläger ganz unabhängig, als Verwandelung und Milderung der peinlichen Strafe äußerte [9]). Entwickelte sich in solcher Weise ein,

7) Die besondere Bedeutung des magdeburgischen Rechtes für die Mark wird sich weiterhin ergeben.

8) Magdeburgische Schöffensprüche in der Zobel'schen Ausgabe des Sachsenspiegels von 1569. Th. 1. c. 1. dist. 27.

9) Magdeburgische Schöffensprüche a. a. O. Th. 1. c. 2. dist. 26.

Digitized by Google

dem älteren deutschen Rechte wenigstens als Rechtsinstitution unbekanntes Begnadigungsrecht, das zunächst, um seiner geschichtlichen Entstehung willen, in der Hand jedes Gerichtes und Gerichtsherrn lag, so mußte es nunmehr in solcher Gestalt nicht bloß als ein Recht erscheinen, das mit gleichem Rechte wie vom einzelnen Gerichte, so auch von dem höheren Gerichtsherrn, der die Gerichtsgewalt verliehen hatte, also namentlich vom Könige, geübt werden konnte, sondern es mußte sich bald auch die Rücksicht geltend machen, daß es in der Hand des gewöhnlichen Gerichtes sogar eine für die Uebung der Gerechtigkeit gefährliche Befugniß sei. Die magdeburgschen Schöffensprüche, welche diese Fragen ausdrücklich erörtern, entscheiden sich zwar noch dafür, daß nicht bloß der Gerichtsherr, welcher die Gerichtsbarkeit verlieh, sondern auch der belehnte Richter das Begnadigungsrecht habe, erkennen aber doch die vom Könige unmittelbar ausgehende Begnadigung als für das Gericht bindend an, nur daß auch der Begnadigung, wie früher der Ledigung der Strafe, die Rechtlosigkeit des Begnadigten folgt [10]). Noch einen Schritt weiter ging man aber in der Mark, wie sich dies aus einer Reihe von Urkunden aus dem Anfange des 16ten Jahrhunderts ergiebt. Wie oben gezeigt, wurde die Strafgerichtsbarkeit ursprünglich vom Gerichte des Vogtes geübt, an dessen Stelle bei persönlicher Anwesenheit die Markgrafen nicht selten selbst zu Gericht saßen. Später aber wurde die Vogtgerichtsbarkeit (iudicium supremum) großentheils veräußert, und, abgesehen von den vielen Veräußerungen an Kirchen, Klöster und Privatpersonen, besitzen wir namentlich auch die urkundlichen Beweise für die Veräußerung derselben an die meisten der märkischen Städte [11]). Churfürst Joachim I. (1500—1535) aber reformirte den verfallenen Rechtszustand einer Anzahl märkischer Städte, und indem ihnen hierbei ausdrücklich das oberste Gericht zuerkannt und bestätigt wird, nimmt der Churfürst doch das Recht der Begnadigung für sich

10) Magdeburg. Schöffensprüche a. a. O. Th. 1. c. 17. dist. 1. 2.

11) Gerken Fragm. March. tom. III. p. 29. 35. tom. V. p. 15. Buchholtz Geschichte der Churmark. Thl. IV. S. 115. Gerken Cod. dipl. Brandb. tom. III. p. 239. 240. 362. Ludewig Reliqu. man. tom. IX. p. 556.

Digitized by Google

allein in Anspruch, wobei die dem Gericht ertheilte Anweisung, dem Churfürsten über das Vermögen des Schuldigen zu berichten, freilich zu erkennen giebt, daß die Begnadigung in der Regel mit Auferlegung einer Buße verbunden war, obwohl auch bereits einzelne Fälle vorkommen, wo sie rein als solche, ohne Ablösung der Strafe, ertheilt wird [12]). Selbst für geringere Fälle wird der mit dem obersten Gericht beliehene städtische Rath angewiesen, nicht ohne Wissen und Willen des benachbarten churfürstlichen Amtmannes eine Ablösung der Strafe zuzulassen [13]).

In Betreff des strafrechtlichen Zustandes der Mark vor dem 16ten Jahrhundert bleibt noch übrig, einen Blick auf die Entwickelung des Strafrechtes in den Städten der Mark zu werfen [14]). Mit Ausnahmen weniger Städte, wie Salzwedels und der mit salzwedel'schem Rechte beliehenen Städte Lenzen und Wustrow, wo sich der Einfluß des lübischen Rechtes geltend macht, so wie Seehausens und der mit seehausenschem Recht beliehenen Stadt Pritzwalk, wo wahrscheinlich flämische Rechtselemente eingewirkt haben, besaßen alle Städte der Mark magdeburgisches Recht, das sie entweder unmittelbar von Magdeburg oder durch Vermittelung einer anderen märkischen Stadt erhalten hatten. Ueber den kleineren Theil der Mark verbreitete sich das magdeburgische Recht von Stendal aus, während die meisten märkischen Städte dasselbe von Brandenburg erhielten.

---

12) Raumer Cod. dipl. Brandb. II. p. 222. 232. 235. 240. 241. 244. 293. Die von Riedel und von Raumer l. c. p. 202 aufgestellte Behauptung, daß sich die Markgrafen von jeher das Recht über die ans Leben gehenden Criminalfälle selbst zu richten vorbehalten hätten, ist eine irrige. Schon oben ist gezeigt, daß der von Riedel beigebrachte Beweis auf falscher Auslegung der beigebrachten Urkunde beruht. Wenn aber schon früher in einzelnen Fällen, bei Verleihung des Obergerichtes, ein derartiger Vorbehalt gemacht wurde, so kann dies nichts beweisen gegen die große Masse von Urkunden, die das Gegentheil beweisen, z. B. die große Zahl von Todesurtheilen, die, vom berliner Rathe gefällt, im Stadtbuche aufgezeichnet sind. Die Urkunde bei Raumer l. c. p. 181. No. 121 zeigt nur, daß in den vor das Hofgericht gehörenden Fällen nicht die Räthe, sondern nur der Churfürst selbst über „Ehre und Todtschlag" richtete.

13) Raumer l. c. p. 222.

14) In Betreff der märk. Stadtrechte sind im allgemeinen zu vergleichen die Abhandlung von Kamptz in Mathis Juristische Monatsschrift Bd. 11. S. 38 flg. und Heydeman Elemente der Joach. Constitution. Die dahin gehörigen Urkunden finden sich auch zusammengestellt in Gengler Deutsche Stadtrechte des Mittelalters.

Digitized by Google

Es bedarf hier keiner Erörterung des Verhältnisses, in welchem das magdeburgische Recht zum sächsischen Landrechte steht [15]). Nicht bloß, daß eine Vergleichung des strafrechtlichen Inhaltes des sächsischen Weichbildes, der wichtigsten Urkunde für unsere Kenntniß des magdeburgischen Rechtes, in allem wesentlichen die völlige Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des Sachsenspiegels zeigt, so ergiebt sich auch die gleiche Uebereinstimmung des Weichbildes mit den, noch anderen, besonders schlesischen Städten, von Magdeburg gesandten Rechtsaufzeichnungen. Abweichend erscheint nur das, Magdeburg 1188 vom Erzbischof Wichman und der Stadt Goldberg 1211 verliehene Privilegium in sofern, als noch hier die Vermögensbußen überwiegen und noch nicht, wie im Sachsenspiegel, für alle wirklichen Verbrechen die öffentlichen Strafen an Leib und Leben die Regel bilden.

Wenn wir demnach schon im allgemeinen annehmen dürfen, daß auch durch die Stadtrechte in das in der Mark geltende Strafrechtssystem kein fremdartiges Element eingeführt wurde, so reichen überdies die für das Strafrecht der märkischen Städte allerdings spärlich fließenden Quellen doch aus, um diese Voraussetzung vollkommen zu bestätigen.

Für die Kenntniß des wichtigsten aller märkischen Stadtrechte, des brandenburgischen, ist uns, während es früherhin fast gänzlich unbekannt war, in dem berliner Stadtbuche von 1397 eine sehr reichhaltige Quelle eröffnet worden [16]). Daß Berlin brandenburgisches Recht besaß, ist nicht bloß sonst urkundlich erwiesen [17]), sondern das berliner Stadtbuch selbst bestätigt dies mehrfach. Wie so viele andere Stadtrechtsbücher jener Zeit, enthält es neben einem Verzeichniß sämmtlicher städtischer Einnahmen und zu zahlender Besoldungen, einer Reihe landesherrlicher Privilegien und Rathsstatuten, im 3ten Buche das Schöffenrecht Berlins, das einerseits zwar die Aufgabe hat, die Ei-

15) Darüber zu vergleichen Gaupp das alte magdeburgische und hallesche Recht.

16) Fidicin Historisch-diplomatische Beiträge zur Geschichte der Stadt Berlin. 1. Thl. Berlinisches Stadtbuch.

17) Z. B. Urkunde No. 98 bei Fidicin Beitr. Th. 2.

Digitized by Google

genthümlichkeiten des in Berlin geltenden brandenburgiſchen Rechtes darzuſtellen, andrerſeits aber ſich damit nicht begnügt, ſondern die vereinzelt ſtehenden Normen dieſes Stadtrechtes in eine umfaſſende Darſtellung des geſammten Privat-, Straf- und Prozeßrechtes verwebt. Die Grundlage aber bildet durchgehend der Sachſenſpiegel, und namentlich iſt der geſammte ſtrafrechtliche Inhalt deſſelben wörtlich, wenn auch in anderer und mitunter den Sinn entſtellender Ordnung aufgenommen. Selbſt diejenigen Beſtimmungen ſind mit aufgenommen, die an anderer Stelle als im brandenburgiſchen Rechte nicht geltende bezeichnet werden. Eine genauere Vergleichung aber ergiebt, daß, wo das Stadtrechtsbuch vom Wortlaute des Sachſenſpiegels abweicht, entweder nur der Grundſatz des Sachſenſpiegels näher erläutert wird, oder, wo eine wirkliche Verſchiedenheit des Rechtes obwaltet, ſich dieſe nur auf untergeordnete Dinge bezieht. Die nennenswerthen Abweichungen vom Strafrecht des Sachſenſpiegels beſchränken ſich auf Folgendes: Nach brandenburgiſchem Rechte findet keine Verſchiedenheit der Buße und des Wergeldes, rückſichtlich des Geburtsſtandes, ſtatt, ſondern alle Bürger erhalten die gleiche Buße und Wergeld [18]). Der Verleumder, der die Wahrheit ſeiner Behauptung nicht erweiſen kann, ſoll die Strafe leiden, die der Verleumdete für die ihm vorgeworfene That hätte dulden müſſen, oder er ſoll eine Ehrenſtrafe erleiden, nämlich ſich vor den Mund ſchlagen und ſprechen: „mund, don to dat sprekest, don logest du di wort“ und hierauf ehrlos aber nicht rechtlos ſein [19]). Frauen trifft wegen Beleidigung eine beſondere Ehrenſtrafe, nämlich das Tragen eines Steines, und an Stelle des Erhängens tritt bei ihnen das Lebendigbegraben. Zu den mit dem Feuertode zu beſtrafenden Verbrechen tritt hier die Fälſchung hinzu [20]). Im Anſchluſſe an den Sachſenſpiegel III. 84 wird weiter ausgeführt, daß in 4 Fällen Leben, Ehre und Gut verwirkt werden, nämlich bei Mord des Ehegatten, Mord des Herrn durch den Knecht, Beraubung eines Leichnams und Diebſtahl oder

18) Fidicin a. a. O. S. 135.
19) Fidicin a. a. O. S. 136.
20) Fidicin a. a. O. S. 137.

Digitized by Google

Raub an Sachen, die Jemand bei einer Brandstiftung gerettet hat [21]). Bei kleinem Diebstahl tritt mit der Stäupung Prangerstrafe in Verbindung. In Bezug auf den Sachsenspiegel, der nur die eine verstümmelnde Strafe des Handabhauens erwähnt, ist es von Interesse, daß hier diese ausdrücklich als die einzige bezeichnet und dies als ein Unterschied von anderen Ländern, wo man noch andere verstümmelnde Strafen kenne, hervorgehoben wird [22]).

In einem vierten Theile enthält das berliner Stadtbuch unter der Ueberschrift Buyk der overtredungen eine Reihe von 135 Strafurtheilen aus der Zeit vom Jahre 1360 bis 1448. Alle diese Urtheile lassen in keiner Beziehung irgend eine Abweichung vom Strafrecht des Sachsenspiegels erkennen, mit Ausnahme weniger Fälle, die sich auf die angegebenen geringfügigen Eigenthümlichkeiten des brandenburgischen Rechtes gründen.

In Bezug auf das stendalsche und von Stendal aus weiter verbreitete Recht wissen wir nicht bloß aus den Rechtsbriefen der Markgrafen Otto und Konrad von 1297, und Ludwig von 1345 [23]), daß es das magdeburgische Recht war, sondern es befindet sich auch noch zu Berlin eine ungedruckte Sammlung magdeburgischer, der Stadt Stendal ertheilter Rechtsbelehrungen [24]).

Von dem, fremdartige Elemente enthaltenden, seehausenschen Rechte wissen wir nur durch den Rechtsbrief für Pritzwalk von 1256 [25]), welcher das Strafrecht kaum berührt. Vollständigere Nachricht dagegen haben wir über das ebenfalls nicht von Magdeburg gekommene Stadtrecht von Salzwedel, besonders durch das salzwedelsche Stadtrechtsbuch [26]). Es besteht dasselbe aus zwei Bestandtheilen, von denen der erste in veränderter Ordnung die Bestimmungen der salzwedelschen Rechtsbriefe von 1273 und

21) Fidicin a. a. O. S. 131.
22) Fidicin a. a. O. S. 135. Es scheint diese Stelle: God selven leret in deme ewangelio etc. auf eine Bekanntschaft mit dem Schwabenspiegel §. 201 (Laßb.) hinzudeuten.
23) Abgedruckt bei Gengler a. a. O. S. 460.
24) Homeyer Verzeichniß deutscher Rechtsbücher S. 29.
25) Bei Gengler a. a. O. S. 363.
26) Bei Gengler a. a. O. S. 396.

Digitized by Google

1278 enthält. Die strafrechtlichen Normen desselben weichen von denen des Sachsenspiegels und des magdeburgischen Rechtes nicht bloß in einzelnen Punkten ab, sondern stehen überhaupt auf einem wesentlich anderen Standpunkte in der Beziehung, daß hier auch die an Leben und Hand gehenden Strafen nur eine subsidiäre Bedeutung haben, und von dem Schuldigen unbedingt abgelöst werden können [27]). Die zweite Hälfte des Stadtrechtsbuches dagegen ist, mit Ausnahme eines Paragraphen, gänzlich und fast wörtlich dem Sachsenspiegel entnommen. Auffallend ist es, daß sich dieser Auszug aus dem sächsischen Landrecht fast allein auf strafrechtliche Bestimmungen beschränkt, und daß hierbei Bestimmungen aufgenommen werden, welche den im ersten Theile enthaltenen direkt widersprechen [28]). Es möchte hieraus zu schließen sein, daß es darauf abgesehen war, gerade in Betreff des Strafrechtes die Abweichungen des alten salzwedelschen Stadtrechtes zu beseitigen, und das überall in der Mark geltende Strafrecht auch hier einzuführen.

Zweites Kapitel.

Die Umbildung des Strafrechtes am Ende des 15ten und Anfange des 16ten Jahrhunderts.

§. 6.

Der Einfluß des wormser Landfriedens.

Die bedeutsame Umgestaltung, welche das deutsche Strafrecht seit dem 16ten Jahrhundert erfuhr, hatte ihren Grund nicht sowohl in dem ungenügenden Zustande des Strafrechtes selbst, als vielmehr in dem der Gerichtsverfassung und des Prozeßverfahrens.

27) Salzwed. Stadtrechtsbuch §§. 27. 53. Die im Erbrecht hervortretende Verwandtschaft des salzwedelschen mit dem lübischen, lüneburgschen und ülzenschen Rechte ist für das Strafrecht nicht nachweisbar.

28) Z. B. §§. 42 u. 56.

Digitized by Google

Für den Rechts- und Friedenszustand in den einzelnen deutschen Territorien mußte es natürlich zunächst von großer Bedeutung sein, daß es endlich unter Maximilian I. der Reichsgesetzgebung gelang, die Reichsunmittelbaren unter Recht und Gericht zu beugen. Der wormser Landfriede von 1495 unterscheidet sich von den älteren Landfriedensgesetzen freilich nicht dadurch, daß er für das ganze Reich und für alle Zeiten jede Fehde verbietet, denn nie hat irgend ein Reichsgesetz die Fehde in diesem Sinne als Bekriegung zweier streitenden Parteien anerkannt, und die zeitliche Beschränkung älterer Friedensgesetze bezieht sich auf die beschränkte Dauer der besonders angeordneten Einrichtungen zur Handhabung des Friedens, nicht auf ein vermeintliches, zeitweilig suspendirtes Fehderecht. Aber dadurch unterscheidet sich der Landfriede von 1495 von allen früheren, daß er, in Verbindung mit der Einsetzung des Reichskammergerichtes, des Reichsregimentes und der Kreisverfassung, das Fehdewesen thatsächlich allmälig zu beseitigen vermochte. So lange es an einer geordneten Strafrechtspflege und namentlich an jeder Macht zur Handhabung der Criminalpolizei fehlte, so lange mußte das Verbot der Fehde wirkungslos bleiben, da man dem Beschädigten das Recht Waffengewalt anzuwenden, zur Nacheile bei handhafter That, oder zur Ausführung des Urtheils gegen den Ungehorsamen nach gehörig durchgeführter Klage, nicht nehmen konnte, und da unter den damaligen Verhältnissen der berechtigte bewaffnete Angriff von einer Seite den bewaffneten Widerstand von der anderen und damit die unberechtigte Fehde hervorrief. Das Verdienst der Gesetzgebung Maximilians lag darum nicht im unbedingten Verbot der Fehde, sondern darin, daß durch eine ganze Reihe von Gesetzen und Institutionen eine zur Handhabung des Strafrechtes mächtige Gerichtsgewalt hergestellt, und daß, indem das Gericht der Pflicht, seine Befehle und Urtheile durch eigne Macht zur Ausführung zu bringen, genügte, nunmehr die bisher unentbehrliche Berechtigung des Beschädigten zur Selbsthilfe beseitigt wurde [1]).

1) Während das eigentliche Landfriedensgesetz von 1495 von den frü-

Digitized by Google

§. 7.

Die Umbildung des Strafverfahrens und dessen Einfluß auf das Strafrecht.

Von bedeutsamerem Einflusse auf die Umbildung des materiellen Strafrechtes als der wormser Landfriede war aber die in der 2ten Hälfte des 15ten Jahrhunderts beginnende Umwandlung des Strafverfahrens. Das mittelalterliche Beweisverfahren in Strafsachen beruhte im wesentlichen darauf, daß bei handhafter That der Kläger die Schuld des Beklagten durch seinen mit Eidhelfern geleisteten Eid bewies. Das gleiche Verfahren fand statt, wenn der Beklagte wegen Ungehorsams verfestet und in der Verfestung gefangen wurde. War dagegen die That nicht handhaft, so stand zunächst dem Beklagten das Recht zu, durch seinen Reinigungseid, den er mit Eidhelfern, oder, nach dem Sachsenspiegel, allein leistete, die Schuld von sich abzulehnen. Nur bei dem durch frühere Verurtheilung Rechtlosen trat an die Stelle des Reinigungseides das Gottesurtheil durch Feuer- oder Wasserprobe. Eine Verurtheilung konnte also in solchem Falle nur eintreten, entweder in Folge des Geständnisses des Beklagten, oder wenn der Kläger durch seinen Sieg im Kampfgericht den Reinigungseid des Beklagten entkräftete [1]).

Es beruht demnach dieses Beweissystem auf dem Grundsatze,

---

heren sich in keinem wesentlichen Punkte unterscheidet, tritt der Unterschied erst in der zugehörigen Ordnung des Kammer-Gerichtes und dem Gesetz über die Handhabung des Friedens hervor, indem hier an die Stelle der bei handhafter That und nach Durchführung der Klage erlaubten Selbhilfe die Anordnungen über die vom Reiche und Gerichte ausgehende executorische Gewalt treten. Vgl. K. G. O. §. 21—23. 31. Handhabung Friedens und Rechtens. §. 1—4. 12.

1) Dieses System des Beweisverfahrens ist gleichmäßig durch ganz Deutschland verbreitet, und die vorkommenden partikularrechtlichen Abweichungen beziehen sich auf Einzelheiten, die das System im Ganzen nicht berühren; so die Eigenthümlichkeit des Sachsenspiegels, der beim Reinigungseide keine Eidhelfer kennt; Verschiedenheit in der Zahl der Eidhelfer, in der Wirkung der Beweismittel, indem z. B. nach dem Sachsenf. II. 16. §. 2 Beweis durch Kampfgericht stets aus Leben geht, nach anderen Rechtsquellen nicht, vgl. Weichbild (Daniels) §. 56; Abweichungen im Gebrauch der Gottesurtheile, indem Feuer- und Wasserprobe in sehr ausgedehnter Weise und nicht blos bei Rechtlosen vorkommen, vgl. Ius municipale Anasense a. 1212, das Wiener Stadtrecht v. 1221 bei Gaupp Stadtrechte, oder indem der Beweis durch Kampfgericht durch eine größere Zahl von Eidhelfern beseitigt wird, z. B Friedrichs II. Privilegium für Nürnberg a. 1230 bei Gaupp a. a. O.

Digitized by Google

daß der Beweis überhaupt nicht die Aufgabe habe, dem Gerichte Thatsachen an die Hand zu geben, aus denen es sich durch Schlußfolgerung eine selbständige Ueberzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden vermag, als vielmehr die: in rein formeller Weise die Schuld oder Unschuld festzustellen, so daß auch die Thätigkeit des Gerichtes nur in der Entscheidung der Frage, wem das Recht zu beweisen zustehe, in der Sorge für die richtige Handhabung der Beweismittel und in der Festsetzung der Strafe, nicht aber in einer selbständigen Beurtheilung der Schuld oder Unschuld bestand [2]). Ein solches Verfahren entsprach dem Kindeszeitalter eines Volkes, dem es zwar nicht an Rechtsgrundsätzen, wohl aber an Rechtsbegriffen gänzlich fehlte, und das darum sich unfähig fühlte, durch Verstandesoperationen und Schlußfolgerungen einen Rechtsstreit zu entscheiden. Bei fortschreitender geistiger Entwickelung des Volkes, und namentlich mit dem Beginn einer doktrinären Auffassung des Rechtes, mußte sich dasselbe mehr und mehr als ungenügend darstellen und allmälig in einzelnen Punkten durchbrochen werden, bis es endlich, am Ausgange des 15ten Jahrhunderts, gänzlich unhaltbar geworden, in sich zusammenbrach. Der Beginn dieser allmäligen Umbildung des Prozeßverfahrens, die freilich später durch das Eindringen des Inquisitionsprozesses abgebrochen wurde, reicht schon in frühe Zeit hinauf, und giebt sich gleichmäßig überall in Deutschland, namentlich auch in den Ländern des sächsischen Rechtes und in der Mark Brandenburg kund.

Schon im Sachsenspiegel sind, wenigstens im Civilprozeß, die Eidhelfer zu wirklichen Zeugen geworden, während sie allerdings im Strafprozeß ihre alte Bedeutung noch vollständig bewahrt haben [3]). Und selbst hier lag es außerordentlich nahe, daß, wenigstens im Falle der handhaften That und der Ueberführung des Angeklagten mit Eidhelfern, diese, weil sie in der Regel Zeugen der That gewesen waren, unvermerkt allmälig die Bedeutung von Zeugen annahmen. Als solche erscheinen sie schon

2) Plank das Recht der Beweisführung in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 10. Plank die Lehre vom Beweisurtheil S. 3—82.

3) Homeyer im Register zum Sachsenſp., sub voce Zeuge.

Digitized by Google

ganz entschieden im sächsischen Weichbildrecht und den goslarschen Statuten [4]), wie auch die so häufig vorkommende Bezeichnung derselben als Schreimannen darauf hindeutet, daß man sie als Augenzeugen der That, die mit dem Beschädigten das Gerüfte erhoben, betrachtete.

Das Vertrauen in die beweisende Kraft des Reinigungseides, der bei übernächtiger That dem Beklagten zustand, begann zu schwinden. In Folge dessen wichen nicht allein schon früh viele Statutarrechte von dem Grundsatze des sächsischen und schwäbischen Rechtes, daß ihn der Angeklagte allein zu schwören habe, ab, indem sie auch hier noch eine Bekräftigung desselben durch Eidhelfer forderten, oder ihn zu einem, nicht einem Jeden zustehenden, Vorrechte machten [5]), sondern es begann schon im 14ten Jahrhundert der Reinigungseid in einen Unschuldsbeweis durch Zeugen überzugehen, indem der Angeklagte durch die Eidhelfer das Alibi bewies [6]).

In noch höherem Grade wurde das Prozeßverfahren bei übernächtiger That dadurch alterirt, daß das einzige Mittel den Reinigungseid des Angeklagten auszuschließen, das Kampfgericht, seine frühere Bedeutung verlor, oder wohl gänzlich beseitigt wurde. Unter der Voraussetzung, daß der objektive Thatbestand des Verbrechens durch leibliche Beweisung, Bringen des Todten vor Gericht, Zeigen der Wunde oder Narbe, dargethan sei, beweist der Kläger durch Sieg im Kampfgericht, falls ihm bei handhafter That die Eidhelfer fehlen, oder falls er bei übernächtiger That den Reinigungseid des Beklagten verhindern will. Tritt also das Kampfgericht stets an die Stelle des Eides und der Eidhelfer, so ist es eine wesentliche Abweichung, wenn die Zulässigkeit

4) Sächs. Weichbild. (Daniels) Art. 47. 88. Goslar. Statuten (Göschen) S. 41. 10. Auch der Schwabenspiegel, der im allgemeinen in Betreff der rechtlichen Stellung der Eidhelfer mit dem Sachsenspiegel übereinstimmt, enthält bereits einige Stellen, in denen die Eidhelfer auch im Strafprozeß als Zeugen erscheinen. Schwabensp. (Laßb.) c. 89. 233.

5) Wächter, Beweis durch Eidhelfer, in dessen Beiträgen zur deutschen Geschichte S. 202.

6) Das von den magdebg. Schöffen 1304 Görlitz mitgetheilte Recht §. 55. bei Gaupp das magdebg. Recht. Markgraf Albrechts und Johanns Rechtsspruchregister No. 146, bei Raumer Cod. dipl. Brandb.

Digitized by Google

desſelben nicht bloß vom Beweiſe des objektiven Thatbeſtandes durch Augenſchein des Richters und Schreileute, ſondern auch von Zeugen, die den Angeklagten am Orte der That geſehen haben, abhängig gemacht wird [7]). Später aber wird das Kampfgericht, beſonders in den Stadtrechten und durch beſondere kaiſerliche Privilegien, mehr und mehr gänzlich beſeitigt, wodurch der in keiner Weiſe zu überbietende Reinigungseid des Angeklagten um ſo bedenklicher erſcheinen mußte. Nach dem Zeugniß der Gloſſe zum Sachſenſpiegel wurde namentlich auch in der ganzen Mark, auf Betreiben des Markgrafen Otto IV. vom Kaiſer Albrecht am Ende des 13ten oder Anfang des 14ten Jahrhunderts, das Kampfgericht, mit Ausnahme von 3 Fällen, beſeitigt, jedoch ſo, daß nunmehr für den Reinigungseid Eidhelfer, bei Rittern 3, bei Bürgern 5, bei Bauern 7, gefordert wurden [8]). Gleichzeitig wurden die für Rechtloſe an die Stelle des Reinigungseides tretenden Gottesurtheile aufgehoben, und dieſe durch Eid des Klägers mit der gleichen Zahl von Eidhelfern überführt [9]).

In ſolcher Weiſe war beſonders das Verfahren bei übernächtiger That in ſeinen Grundlagen erſchüttert, und wenn die Tendenz dieſer Umbildung im allgemeinen die war, an die Stelle des bisherigen rein formellen Beweiſes ein Verfahren treten zu laſſen, deſſen Zweck es iſt, dem Gerichte die Thatſachen zu erweiſen, aus denen es ſich eine ſelbſtändige Ueberzeugung von der Schuld oder Unſchuld des Angeklagten zu bilden vermag, ſo bot ſich das Verfahren bei handhafter That als der natürlichſte Anknüpfungspunkt der weiteren Entwickelung dar. Hier war bereits nach dem alten Verfahren die Vorausſetzung die, daß das Gericht durch eigene Wahrnehmung ſich vom objektiven Thatbeſtande des Verbrechens überzeugt habe, während der Beweis für die ſubjektive Schuld des Beklagten durch den Eid des Klägers

7) Das von Magdeburg der Stadt Breslau 1261 mitgetheilte Recht §. 40. Das von Magdeburg 1304 Görlitz mitgetheilte Recht Art. 14. 55. Bei Gaupp a. a. O. Albrecht doctrinae de probationibus med. aev. adumbratio p. 45 seq.

8) Gloſſe z. Sachſenſp. I. 39. 63. 64. Gerken Cod. dipl. Brandb. IV. p. 407.

9) Gerken Dipl. vet. march. II. p. 589. Die ganz gleichen Beſtimmungen, nur mit der Zahl von 6 Eidhelfern, finden ſich in den goslar'ſchen Statuten (Göſchen) S. 31. 32. 36. 88. 115.

Digitized by Google

mit Eidhelfern, die mehr und mehr die Bedeutung von Zeugen annahmen, geführt wurde. Die weitere Entwickelung findet aber in der Weise statt, daß der Unterschied des Verfahrens bei handhafter und übernächtiger That mehr und mehr verschwindet, indem das letztere beseitigt, das erstere allmälig umgebildet und ausgedehnt wird, so daß nur in den seltensten Fällen noch der Beweis durch Reinigungseid des Beklagten geführt wird. Es geschieht dies, indem bei handhafter That nur noch Beweis durch Eid des Klägers mit Eidhelfern oder Zeugen, nicht mehr die leibliche Beweisung des objektiven Thatbestandes gefordert wird [10]), während umgekehrt häufig bei leiblicher Beweisung diese mit dem Eide des Klägers genügt, ohne daß Eidhelfer oder Zeugen erforderlich sind [11]). Gegen den in der Verfestung Gefangenen, gegen welchen früher der Beweis der geschehenen Verfestung und dann der Beweis der Schuld in gleicher Art wie bei handhafter That geführt werden mußte, ist jetzt der letztere Beweis nicht mehr zu führen, indem er nur auf Grund der Verfestung verurtheilt wird [12]). Endlich aber giebt man dem allmälig umgestalteten Verfahren bei handhafter That wohl auch eine so weite Ausdehnung, daß man jedem Angeklagten, der gefangen vor Gericht gebracht wird, auch wenn er nicht verfestet war, den Reinigungseid verweigert und vom Kläger mit sechs Eidhelfern überführen, oder sogar ohne alle Rücksicht auf den Unterschied der handhaften und übernächtigen That, des gezwungenen oder freiwilligen Erscheinens vor Gericht, die Schuld durch Zeugenbeweis feststellen läßt [13]). Von hier aus war nur noch ein Schritt

10) Goslar. Stat. (Göschen) S. 31, 15. S. 41, 10. Statuten v. Bieberach a. 1312. Dipl. Lindav. a. 1321. Freiheitsbrief für Ravensberg a. 1354. in Dreyer Nebenstunden S. 129. Albrecht a. a. O. S. 59.

11) Goslar. Statut. (Göschen) S. 50, 8. und andern Stellen bei Albrecht S. 61.

12) Goslar. Statut. (Göschen) S. 59, 10—18. Albrecht S. 58.

13) Das den Reinigungseid ausschließende Beseßnen bei nicht handhafter That scheint sich nach den vielen, bei Dreyer Nebenstunden S. 128 flg. und Wächter Beiträge S. 264—266 angeführten Urkunden beinahe über ganz Deutschland ausgedehnt zu haben. Es setzt aber stets voraus, daß der Angeklagte gefangen vor Gericht gebracht werde. Seltener kommt der einfache Zeugenbeweis vor. Goslar. Statut. (Göschen) S. 35, 17 u. 30. Rechtsbuch nach Distinct. (Ortloff) III. 16 pr. Albrecht S. 62. Bamberger St.-R. (Zöpfl.) §. 70 152.

Digitized by Google

bis zu dem Verfahren, das sich gleichmäßig in süd- wie nord-deutschen Statutarrechten bildet, wonach der Beweis durch Zeugen für alle Fälle die Regel ist, während der Reinigungseid nur noch zugelassen wird, entweder wenn die Klage an Leib und Ehre geht und der Beklagte sich freiwillig vor Gericht stellt, oder immer nur da, wo es an Zeugen fehlt. Damit steht in natürlicher Weise in Verbindung, daß nicht mehr die frühere gesetzliche Zahl der Eidhelfer gefordert wird, sondern daß zwei Zeugen genügen [14]).

Diese Umgestaltung des Verfahrens wurde außerdem sehr wesentlich gefördert durch die Entwickelung des Leumundprozesses, der aber, augenscheinlich nicht rein germanischen Ursprungs, unter dem Einflusse des kirchlichen Verfahrens sich bildete. Rein germanisch sind die in frühe Zeit hinaufreichenden Anfänge dieses Verfahrens, die in dem Verfahren von Amts wegen gegen solche Verbrecher zu suchen sind, gegen welche ein Ankläger nicht auftrat, oder ein Beweis in den gewöhnlichen Formen nicht geführt werden konnte [15]), in welchem Falle der Verdächtigte (infamis, clamodicus) sich durch Eid mit zwölf Eidhelfern oder durch Gottesurtheil reinigen mußte. Die hieran sich anschließenden Anordnungen der hohenstaufischen Kaiser [16]) verrathen dagegen bereits den Einfluß des kirchlichen Prozeßverfahrens, aus welchem das Verfahren gegen delicta manifesta oder notoria herübergenommen ist. Es lag dies um so näher, als in diesen Gesetzen die Achtung der kirchlichen Gerichte ausdrücklich eingeschärft und deren Mitwirkung für die Handhabung des Rechtsfriedens in Anspruch genommen wurde. Umgekehrt hatte sich in den kirchlichen Gerichten ein Verfahren auf infamia oder infamatio gebildet, nachdem seit dem 9ten Jahrhundert die Kirche den germanischen Reinigungseid anerkannt und in ihr Recht aufgenommen hatte [17]). Die Umbildung aber, welche dieses letztere Verfahren durch die Gesetzgebung Innocenz III. erfuhr, bestand im wesentlichen darin,

14) Albrecht S. 65 flg. Plank, Recht der Beweisführung S. 304 flg.
15) Convent. Ticin. 850. c. 3. Capit. Carisiac. 873. c. 2. 3. 7.
16) Frid. I. const. cont. incend. 1187. Treuga Henrici reg. 1230. c. 14. Frid. II. const. pac. 1235. c. 15.
17) Biener, Geschichte des Inquisitions-Prozesses S. 19 flg.

Digitized by Google

daß der diffamatus nicht mehr sofort zum Reinigungseide zugelassen wurde, sondern daß zunächst eine inquisitio, eine vom Richter ausgehende Erforschung seiner Schuld, statt fand, deren Resultat entweder die Verhängung der Strafe, oder, wenn sich der Richter von der Schuld nicht überzeugen konnte, die Auferlegung des Reinigungseides war [18]). Dieses Inquisitionsverfahren ist es, das in seinen Grundzügen, freilich ohne die fein ausgebildeten Formen des kirchlichen Rechtes, in die weltlichen Gerichte, sich anschließend an das längst bekannte Verfahren auf infamia, überging und hier als Leumundsprozeß bezeichnet wurde. Der Gesetzgebung Friedrichs I. noch unbekannt, tritt derselbe schon in der treuga Henr. reg., also kaum 20 Jahre nach den betreffenden Dekretalen Innocenz III., entschieden hervor; denn nicht mehr ist wie früher die Auferlegung des Reinigungseides die einzige Folge der infamia, sondern es findet ein Verfahren statt, um den Leumund per plurum ac meliorum illius provinciae confessionem zu beweisen. In geistlichen Territorien mochte schon früh der Leumundsprozeß vollständig die Formen des Inquisitionsprozesses, nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes, annehmen, wie dies schon in der Mitte des 13ten Jahrhunderts in Köln der Fall ist [19]); aber auch in allen anderen Territorien und Städten, in denen später der Leumundsprozeß durch kaiserliche Privilegien eingeführt wurde, bestand er augenscheinlich nie in einem Richten auf bloßen Verdacht. Das Wesen desselben besteht vielmehr darin, daß ohne Klage des Beschädigten, aber in den Formen des accusatorischen Verfahrens, auf Grund des Leumundes eine Erforschung der Schuld von Seiten des Gerichtes vorgenommen wird, und daß dieses, ohne an irgend welche Rechtsregeln im Beweisverfahren gebunden zu sein, den Berüchtigten verurtheilen kann, wenn es auf Grund der vorliegenden Anzeigen sich von der Schuld desselben glaubt überzeugt halten zu können [20]).

18) Biener a. a. O. S. 38 flg.

19) Testim. Scabinor. Colon. a. 1258 bei Haltaus v. faeme.

20) Die Urkunden bei Haltaus v. faeme und Wächter Beiträge S. 271 flg. Daß der Verdacht nicht genügte, sondern daß ein Beweis durch Zeugen, Geständniß u. s. w. erforderlich war, zeigt besonders Transactio Episcop. Merseb. et Landgr. Thur. cum Eccl. Halberst. a. 1439. Auch in der Mark

Digitized by Google

Was also in dem gewöhnlichen Verfahren in langsamer, durch viele Mittelstufen führender Entwickelung erstrebt wurde: das Urtheil, anstatt auf das formelle Beweisverfahren, auf die freie, selbständig gewonnene Ueberzeugung des Richters zu gründen, das war hier im Leumundsprozeß vollständig erreicht. Damit aber gewann nunmehr das früher fast bedeutungslose Geständniß des Angeklagten eine so hohe Bedeutung, daß ein immer weiter sich ausdehnender Gebrauch der Tortur die nothwendige Folge war [21]).

Bis auf diesen Punkt hatte sich der Strafprozeß ziemlich gleichmäßig in ganz Deutschland entwickelt. Der so gebildete Zustand desselben mußte aber als ein unhaltbarer darum erscheinen, weil das ganze Verfahren im wesentlichen eine der früheren völlig entgegengesetzte Richtung eingeschlagen hatte, in deren klarer und entschiedener Verfolgung es sich überall durch die beibehaltenen alten Formen gehemmt sah. Es gab sich dies besonders darin kund, daß man sich darüber nicht klar wurde, ob die Beweismittel, wie sie nunmehr sich gestaltet hatten, im Sinne des älteren Rechtes rein formell, oder nur als Material für die selbständige richterliche Beurtheilung behandelt werden sollten, so daß man z. B. den vollständigen formellen Beweis noch durch das Geständniß ergänzen und darum auch die Tortur nur nach der formellen Ueberführung eintreten ließ, oder umgekehrt, den Beweis durch Geständniß nicht für genügend erachtete, sondern noch die formelle Besiebnung forderte [22]).

In der weiteren Entwickelung aber schieden sich die Wege,

Brandenburg findet sich der Leumundsprozeß schon im Anfange des 14ten Jahrhunderts. Ludewig Reliqu. Mss. tom. IX. p. 517. Zöpfl das bamberger Recht S. 140 hebt die Eigenthümlichkeit des Leumundsprozesses nicht genügend hervor, wenn er jedes Verfahren bei unbeschrieener That als solche betrachtet.

21) Wenn auch, wie Walter deutsche Rechtsgeschichte §. 715 zeigt, an manchen Orten die Tortur an die Stelle des gegen Rechtlose früher angewandten Gottesurtheils treten mochte, so würde dies allein bei dem, auch früher höchst beschränkten Gebrauche der Gottesurtheile, nicht hinreichen, die Aufnahme der Tortur zu erklären. Ueberdies scheint, wie oben für die Mark nachgewiesen wurde, häufiger an die Stelle des Gottesurtheils das Ueberführen durch den Kläger mit Eidhelfern getreten zu sein.

22) Magdeburgische Schöffenurtheile in der Zobelschen Ausgabe des Sachsenssp. Thl. III. cap. 9. dist. 1. Dreyer Nebenstunden S. 132.

Digitized by Google

die man zunächst einschlug. Im nordöstlichen Deutschland hielt man vorerst an dem so gestalteten deutschen Strafverfahren, und in Verbindung damit zugleich an den Grundsätzen des deutschen Strafrechtes fest [23]). Ein Bild dieses Rechtszustandes gewähren die Schriften: Prozeß von der Acht, Von Wetten und Bußen, und die leipziger Schöffenurtheile, welche den Zobelschen Ausgaben des Sachsenspiegels angehängt sind und dem ersten Drittel des 16ten Jahrhunderts angehören. In der Mark Brandenburg insbesondere hatte das deutsche Recht und Strafverfahren schon im 14ten und 15ten Jahrhundert harte Kämpfe gegen das Eindringen des kirchlichen und römischen Rechtes zu bestehen gehabt. Die gegen den Sachsenspiegel gerichtete Schrift Klenkes, Provinzials der Augustiner in Sachsen und Thüringen, hatte die Bulle Gregors XI. von 1374 veranlaßt [24]), durch welche eine Anzahl Artikel des Sachsenspiegels, und namentlich auch solche, welche die wesentlichsten Grundsätze des deutschen Strafverfahrens enthalten, verdammt, und alle Landesobrigkeiten, bei Strafe der Excommunication, angewiesen wurden, die fernere Anwendung dieser Artikel zu verhindern. In der Mark war es besonders Peter, Bischof von Lebus, und unter Karl IV. Kanzler der Mark, welcher eifrig bemüht war, den päpstlichen Anordnungen Geltung zu verschaffen. Die Folge davon war, daß, zum Nachtheile der weltlichen, die geistlichen Gerichte ihre Gerichtsbarkeit maßlos ausdehnten, dem fremden Rechte und Verfahren überall Eingang zu verschaffen suchten, und, um jedes Widerstreben zu brechen, unerhörten Mißbrauch mit dem Banne trieben [25]). Die hohenzollerschen Churfürsten aber traten diesen Bestrebungen mit Macht entgegen. Friedrich II. bewirkte nicht bloß, daß über die Competenz der geistlichen Gerichte im Jahre 1445 ein Rezeß zu Stande kam [26]), sondern auch, daß Papst Nicolaus V. 1448 eine Anordnung erließ, nach welcher die märkischen Unterthanen in causis mere profanis nicht mehr vor geistliche Gerichte und extra Mar-

23) Plank Lehre vom Beweisurtheil S. 148.
24) Scheidt biblioth. hist. Gotting. p. 63 seq.
25) Möhsen Geschichte der Wissenschaft in der Mark Brandenburg S. 186. Raumer Cod. dipl. I. 158.
26) Mylius Corpus Const. March. I. p. 2.

Digitized by Google

chionalum geladen werden ſollten. Die Wiederholung dieſes päpſtlichen Befehls in den Jahren 1458, 1471 und 1503 [27]) zeigt freilich, daß auch nachmals die Geiſtlichkeit von ihren Beſtrebungen nicht völlig abließ.

Anders verhielt es ſich im ſüdlichen und weſtlichen Deutſchland. Wenn im nördlichen Deutſchland, vermöge der Bildung größerer Territorien und der dadurch bedingten größeren Selbſtändigkeit und Kraft der landesherrlichen Gewalt, die Mängel des Strafverfahrens durch ſtrengere und geordnetere Handhabung der Rechtspflege verdeckt werden mochten, ſo mußten ſie hier um ſo ſchärfer hervortreten. Namentlich war es hier ein Umſtand, welcher jede geordnete Rechtspflege faſt unmöglich machte, nämlich die Ablöſung ſelbſt der ſchwerſten Strafen durch Geldbußen. Stand dieſer Ueberreſt des älteren Strafrechtes eigentlich ſchon zu den ſtrafrechtlichen Principien des Sachſen- und Schwabenſpiegels im Widerſpruche, um wie viel mehr zu dem Standpunkte einer Zeit, in welcher ſich in noch viel höherem Grade das Bewußtſein und Bedürfniß geltend machten, daß das Verbrechen als Bruch der Gerechtigkeit zu deren Herſtellung vom Staate geſtraft, nicht aber nur als eine am Kläger und Richter begangene Rechtsverletzung durch Geld und Gut abgebüßt werde; daß darum der Richter ſein Strafamt nicht bloß als ein ihm zuſtehendes Recht, ſondern als eine ihm obliegende Pflicht handhabe. Während in der Mark, wie oben gezeigt wurde, für eigentliche Criminalſtrafen die vom Richter und Kläger bewilligte Ablöſung beſeitigt wurde und in ein nur dem Landesherrn gebührendes Begnadigungsrecht überging, fand dagegen im ſüdlichen und weſtlichen Deutſchland im 15ten und im Anfange des 16ten Jahrhunderts der größte Mißbrauch des Rechtes, Strafen ablöſen zu laſſen, ſtatt, indem nicht bloß die Landesherren, ſondern auch jeder einzelne Richter die Strafgerichtsbarkeit hauptſächlich als Einnahmequelle betrachtete. Hierzu kamen, abgeſehen von den mangelhaften Polizeieinrichtungen, die großen Schwierigkeiten, welche einer geordneten Handhabung der

27) Raumer l. c. I. 303.

Digitized by Google

Criminalpolizei und Rechtspflege durch die territoriale Zersplitterung und die daraus hervorgehenden Conflicte der verschiedenen Landesbehörden, durch den Mißbrauch der Asyle und durch die kirchlichen Gerichte bereitet wurden, indem diese hier mit besserem Erfolge, wie im nördlichen Deutschland, ihre Gerichtsbarkeit über alle möglichen Verbrechen auszudehnen und sie, nicht weniger wie die weltlichen Gerichte, zur einträglichen Finanzquelle zu machen bemüht waren [28]). Diese Uebelstände waren es, gegen welche sich in noch höherem Grade als gegen die Formen des Strafverfahrens, die Klagen der damaligen Zeit richteten. Gelang es, diese äußeren, in den politischen Zuständen Deutschlands begründeten, Hemmnisse zu beseitigen, so kann nicht bezweifelt werden, daß es dem deutschen Strafverfahren in selbständiger Fortbildung, für welche der Leumundsprozeß den geeignetsten Anknüpfungspunkt darbot, gelungen sein würde, allmälig wieder eine feste Grundlage und systematische Gestaltung zu gewinnen. Aber freilich, welche äußeren Umstände auch, und zwar vorzüglich im südwestlichen Deutschland, die Reception des fremden Rechtes begünstigen und befördern mochten, so war doch auch auf dem Gebiete des Strafverfahrens der bedeutsamste Anlaß für die Aufnahme des fremden Rechtes, daß durch dasselbe dem wesentlichsten Bedürfnisse der Zeit, das bereits seit zwei Jahrhunderten die treibende Kraft in der Entwickelung des deutschen Strafverfahrens gewesen war, unmittelbar und sofort genügt schien. Daß das Gericht im öffentlichen Interesse, unabhängig von dem Belieben des Beschädigten und seiner Klage, das Verbrechen und den Verbrecher überall verfolge, unabhängig von dem Zufalle, ob der Kläger den Anforderungen eines formellen Beweisverfahrens zu genügen vermöge, die Wahrheit erforsche, und unabhängig von der Sühnung des Beschädigten, im Namen der Gerechtigkeit den Verbrecher unnachsichtlich strafe, das war das Bedürfniß, welchem bereits der Leumundsprozeß zu genügen versuchte, und dem in weit höherem Grade durch die festen und geordneten Formen des Inquisitions-

28) Maiblank Geschichte der peinl. G. O. Karls V. S. 26 flg.

Digitized by Google

prozesses, wie sich derselbe durch die kirchliche Gesetzgebung und die italienischen Juristen gestaltet hatte, genügt wurde. In solchem Sinne inquisitorisch zu werden, das war aber die durch die tiefere Einsicht in das Wesen des Verbrechens, in das Recht und die Pflicht des Staates dem Verbrechen gegenüber, nothwendig gestellte Aufgabe, welche das deutsche Strafverfahren, auch wenn es vom fremden Rechte ganz unberührt geblieben wäre, unbedingt lösen mußte, so daß man die Reception des fremden Rechtes nicht einmal als eine wesentliche Abweichung des deutschen Strafprozesses von seinem eigenthümlichen Entwickelungsgange würde bezeichnen können, wenn nicht zugleich ein Beweisverfahren recipirt worden wäre, welches mit dem inquisitorischen Elemente, das der Strafprozeß nothwendig in sich enthält, in keinem nothwendigen Zusammenhange steht, das deutsche Strafverfahren von dem richtigen Wege, den es in dieser Beziehung bereits eingeschlagen hatte, gänzlich ablenkte, und, selbst dem kirchlichen Inquisitionsprozesse ursprünglich fremd, erst unter dem Einflusse des römischen Rechtes durch die Doctrin und die spätere kirchliche Gesetzgebung gebildet worden war. Und gerade nicht der Inquisitionsprozeß als solcher, sondern einzelne den beibehaltenen Formen des accusatorischen Prozesses eingefügte Elemente waren es, die man, um dem nächsten Bedürfniß zu genügen, dem fremden Rechte entlehnte. Einerseits nämlich wurde dem Verfahren von Amts wegen die möglichste Ausdehnung gegeben und die Strafe von der Sühnung des Beschädigten unabhängig gemacht, andererseits das ganze alte Beweisverfahren beseitigt und das Urtheil auf die allein durch Zeugenaussage und Geständniß begründete richterliche Ueberzeugung basirt, womit zugleich die Tortur eine an gar keine rechtlichen Grenzen mehr gebundene Anwendung fand. Damit aber war den Schöffen des Gerichtes eine durchaus andere Aufgabe gestellt, als bisher. Nach dem älteren Verfahren war ihre Aufgabe allein die gewesen, die anzuwendenden allgemeinen Rechtsgrundsätze zu finden und auszusprechen, einmal um hiernach unter den Parteien das Recht und die Pflicht der Beweisführung festzustellen, sodann, wenn der formelle Beweis geführt war, um die rechtli-

Digitized by Google

chen Folgen der in solcher Art und ohne ihr Zuthun festgestellten Thatsache auszusprechen. Jetzt aber war ihre wichtigste Aufgabe die selbständige Beurtheilung des einzelnen Falles, um ihn für die Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes vorzubereiten, denn selbst, wenn nicht von Amts wegen und inquisitorisch gegen den Verbrecher verfahren, sondern vom Kläger der Beweis geführt wurde, kam es noch darauf an, aus den beigebrachten Beweismitteln durch Schlußfolgerung ein Urtheil über die Schuld des Angeklagten zu gewinnen. Zu solcher Thätigkeit aber konnte die bloße Rechtskenntniß, selbst wenn sie stets in genügendem Maße vorhanden gewesen wäre, nicht ausreichen, da hierzu vielmehr einerseits eine das gewöhnliche Maß überschreitende intellektuelle und insbesondere juristische Bildung erforderlich war, die bei den deutschen Schöffen jener Zeit nicht erwartet werden konnte, und andererseits eine wissenschaftliche Gestaltung des materiellen Strafrechtes, besonders der Zurechnungslehre, von welcher das deutsche Strafrecht jener Zeit weit entfernt war. Daher denn seit dem Ausgange des 15ten Jahrhunderts die auch auf den Reichstagen [29]) sich immer wiederholenden Klagen über die Unkenntniß und Unfähigkeit der Schöffen, die Mißbräuche der Tortur und die häufige Verurtheilung Unschuldiger.

§. 8.

Die tyroler Malefizordnung, die radolphzeller Halsgerichtsordnung und die wormser Reformation.

Wenn es uns leider noch an genügenden Quellen, aus denen man eine unmittelbare Anschauung der strafrechtlichen Praxis des 15ten Jahrhunderts schöpfen könnte, fehlt, so gestattet doch die Tendenz der gesetzgebenden Thätigkeit aus dem Ende des 15ten und dem Anfange des 16ten Jahrhunderts einen Schluß auf die Zustände der unmittelbar vorangegangenen Zeit, durch welchen die obige Darstellung ihre Rechtfertigung findet. Es sind in dieser Beziehung zunächst anzuführen: die tyroler Malefizordnung von 1499

29) R. A. von 1498. §. 34. K. G. O. von 1500. Art. XIII.

und die ihr nahe verwandte Halsgerichtsordnung von Radolphzell von 1506 [1]). Beide enthalten, im wesentlichen übereinstimmend, sehr kurzgefaßte Anordnungen über das Strafverfahren, das sich als ein von dem älteren Verfahren durchaus abweichendes darstellt. Das aus dem Bannrichter und Schöffen zusammengesetzte Gericht verfährt heimlich und zum Theil auf Grund schriftlicher Aufzeichnung. Das Verfahren von Amts wegen bildet so sehr die Regel, daß des Verfahrens auf Grund der Privatklage nicht gedacht wird [2]). Drei Formen des Verfahrens werden unterschieden, nämlich: 1) das Verfahren, wenn Jemand „an warer That betreten wurd," in welchem Falle augenscheinlich auf Grund eines Zeugenbeweises und ohne daß ein Geständniß erforderlich ist, „nach des merer tayls der rät ermessen" die Verurtheilung statt findet. 2) Wurde der Angeklagte nicht bei der That betreten, so findet die Verurtheilung nur auf Grund des Geständnisses statt. Im Falle des Leugnens tritt deshalb die Tortur ein, die jedoch nur auf Grund eines gerichtlichen Erkenntnisses, das genügende Verdachtsgründe voraussetzt, zur Anwendung kommen kann. 3) Gegen den Flüchtigen findet ein Contumacialverfahren statt, das sich von dem früheren wesentlich dadurch unterscheidet, daß es nicht bloß die Verfestung mit ihren bekannten Folgen, sondern sofort die Verurtheilung selbst herbeiführt. Die wenigen strafrechtlichen Bestimmungen tragen noch den mittelalterlichen Charakter in so fern an sich, als sie sich im wesentlichen damit begnügen, für die als bekannt vorausgesetzten Verbrechen bestimmte Strafen zu verhängen.

War hier, durch die unbeschränkte Befugniß des Gerichtes, von Amts wegen gegen die Verbrecher vorzuschreiten, durch die völlige Beseitigung des alten Beweisverfahrens und die selbständige Erforschung der Schuld seitens des Gerichtes, für eine von Zufall und Willkür unabhängige und ungehinderte Handhabung der Strafrechtspflege, und zugleich durch Feststellung der rechtli-

1) Die erstere bei Weiske Abhandlungen aus dem Gebiete des teutschen Rechts, die letztere in Dalwigks und Falks Eranien Liefg. 2.

2) Die radolphzeller H. G. O. kennt einen öffentlichen Ankläger, von dem die tyrol. M. O. nichts enthält.

Digitized by Google

chen Voraussetzungen und Formen der Tortur für die Beseitigung des Mißbrauchs derselben gesorgt, so versuchte die wormser Reformation von 1498 zwar in gleicher Richtung, aber in viel umfassenderer Weise, den Bedürfnissen der Zeit zu genügen [3]).

Die wormser Reformation unterscheidet das hier schon vollständiger ausgebildete inquisitorische und das accusatorische Verfahren, jedoch so, daß augenscheinlich das erstere die Regel, das letztere, schon vermöge der vom Kläger geforderten Inscription und Bürgschaft und der Nachtheile, denen er sich bei ungenügendem Beweise aussetzt, die Ausnahme bildet. Die Unterscheidungen des Verfahrens bei handhafter That, bei nicht berufener, übernächtiger That, und des Contumacialverfahrens treten dagegen gänzlich zurück, da in allen Fällen der Beweis gleichmäßig durch Zeugen und Geständniß geführt wird. Die Verurtheilung erfolgt, bei dem inquisitorischen wie accusatorischen Verfahren, auf Grund des freiwilligen Geständnisses, oder der Aussage von mehreren glaubwürdigen, eidlich vernommenen Zeugen. Dem Geständniß wird es gleich gestellt, wenn sich Jemand durch Geldbuße mit dem Beschädigten versöhnt, und bei einigen Polizeiübertretungen wird auf den Augenschein der obrigkeitlichen Personen verurtheilt. Ist im Falle des Leugnens kein genügender Zeugenbeweis geführt worden, so kann, wenn genügende Anzeigen vorhanden sind, auf Tortur erkannt werden, nur daß beim Anklageverfahren der Kläger nicht die Tortur als Beweismittel gebrauchen kann, wogegen jedenfalls das Gericht, wenn der Beweis des Klägers wenigstens genügende Anzeigen ergeben hat, das Anklageverfahren in das inquisitorische übergehen lassen konnte. War aber im freiwilligen Geständniß und der Zeugenaussage von neuem ein formeller Beweis gefunden, auf Grund dessen das Gericht nicht bloß nach eigenem Ermessen verurtheilen durfte, sondern, wie die W. R. B. VI. Thl. 2. Tit. 10 ausdrücklich sagt, mußte, womit in solchem Falle auch für ungelehrte Schöffen alle Schwierigkeiten beseitigt erschienen, so war dage-

3) Die wormser Reformation ist nicht, wie Roßhirt Geschichte und System des deutschen Strafrechts I. S. 222 sagt, zuerst 1509, sondern schon 1499 gedruckt worden.

Digitized by Google

gen der wichtigste Punkt, in welchem die Gebrechen des bisherigen Verfahrens augenscheinlich am schärfsten hervorgetreten waren, der: den Schöffen auch für die Anwendung der Tortur einen gleich sicheren Anhalt ihres Verfahrens zu geben. War aber die Voraussetzung für die Anwendung der Tortur der Mangel eines formellen, genügenden Beweises, kam es darauf an, auf Grund einer Wahrscheinlichkeit, die sich in ein absolut bestimmtes und bestimmbares Maß nicht fassen läßt, zu verfahren, so war jene Aufgabe eine durchaus unlösbare, da es vielmehr auf die persönliche Fähigkeit der Schöffen ankam, in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe der concreten Thatumstände und durch eine, nach Rechtsgesetzen nie zu regelnde, Schlußfolgerung über das genügende oder ungenügende Maß der Wahrscheinlichkeit zu entscheiden. Die W. R. erkennt selbst die Unmöglichkeit an, Regeln darüber aufzustellen, was als genügende Anzeige zu betrachten sei, und indem sie es gleichwohl unternimmt, eine ganze Reihe solcher Regeln zu entwickeln, so nimmt sie in dieser Beziehung, den Charakter des Gesetzbuches verlassend, überwiegend den eines Lehrbuches für ungebildete, rechtsunkundige Schöffen an.

In Verbindung mit dem Strafprozeß wird zugleich das Strafrecht abgehandelt, und zwar so, daß zunächst zwei Klassen strafbarer Handlungen unterschieden werden. Die erste umfaßt die Handlungen, welche eine bürgerliche, und nur im Falle des Unvermögens eine Leibesstrafe nach sich ziehen, und welche in den Formen des bürgerlichen Verfahrens abgeurtheilt werden; dahin gehören Polizeiübertretungen, prozessualische Vergehen, Beleidigungen, leichtere Körperverletzungen und Sachbeschädigungen. Die zweite Klässe umfaßt die criminell strafbaren Handlungen, die, von Amts wegen verfolgt, stets in den Formen des Criminalprozesses beurtheilt und peinlich bestraft werden. Dem Kläger dagegen steht es frei, auch in solchem Falle nur bürgerlich zu klagen und sich mit Geldbuße zu begnügen, nur daß die peinliche Strafe von seiner Willkür in so fern unabhängig ist, als die Zahlung der Buße für das Gericht genügender Grund ist, um von Amts wegen die peinliche Strafe folgen zu lassen. Die strafrechtlichen Bestimmungen enthalten, obwohl sich eine Kenntniß

Digitized by Google

des römischen Rechtes kund giebt, rein deutsches Strafrecht. Bemerkenswerth ist nur die ziemlich umfassende und doctrinäre Behandlung der Tödtung, wobei die Unterschiede der Urheberschaft, Miturheberschaft, Anstiftung, Beihilfe, Begünstigung in einer dem älteren deutschen Strafrechte unbekannten Weise erörtert werden. Den Anspruch, ein vollständiges Strafgesetzbuch zu sein, macht übrigens die Reformation nicht, indem sie, sowohl bei einzelnen ausdrücklich genannten Verbrechen, als auch zum Schlusse für alle nicht genannten, auf das wormser Statutarrecht wie auf die gemeinrechtlichen Quellen verweist.

Die tyroler und radolphzeller Malefizordnung und die wormser Reformation sind von besonderem Intresse dadurch, daß sie, soweit unsere Kenntniß reicht, die ältesten statutarrechtlichen Anordnungen sind, durch welche, mit vollständiger Beseitigung einerseits des alten deutschen Strafverfahrens, andererseits des aus dem ursprünglichen kirchlichen Inquisitionsprozesse entsprungenen Leumundsverfahrens, der Inquisitionsprozeß in der Gestalt in Deutschland eingeführt wurde, die er unter dem Einflusse des römischen Rechts in der italienischen Praxis und Doctrin angenommen hatte. Damit waren sie die Vorläufer auf dem Wege, den nachher in einer für die Zukunft des deutschen Strafrechtes und Verfahrens so entscheidenden Weise die Bambergensis und Carolina betraten. Daß in der zweiten Hälfte des 15ten Jahrhunderts die Praxis sich diesem Verfahren bereits sehr genähert hatte, kann nicht bezweifelt werden. Dennoch haben jene Gesetzgebungen nicht allein aus der Praxis geschöpft, nicht allein das bestehende Recht aufgezeichnet, da sie allzu augenscheinlich die Tendenz haben, einer schwankenden, ungenügenden Praxis entgegen zu treten, und dem Strafverfahren wieder eine feste Form und Gestalt zu verleihen. Das Wesentliche hierbei war aber, daß an die Stelle des altdeutschen formellen Beweisverfahrens, an Stelle der freien richterlichen Beurtheilung der Schuld, wie sie im kirchlichen Inquisitions- und deutschen Leumundsprozesse statt fand, ein neues formelles Beweisverfahren gesetzt wird, nach welchem die Verurtheilung nur auf Zeugenbeweis oder Geständniß gegründet werden kann. Damit aber trat die dem römischen Rechte

Digitized by Google

entsprungene Tortur in eine ganz nothwendige und wesentliche Verbindung mit dem Strafverfahren, und die wichtigste Frage wurde dadurch die nach den rechtlichen Voraussetzungen der Tortur, oder die Lehre von den Indicien, auf Grund deren die peinliche Frage statt finden kann. Während die Gesetze Maximilians sich damit begnügen, diese Grundregeln des Verfahrens einfach fest zu stellen, findet sich in der wormser Reformation dagegen die Indicienlehre bereits weiter ausgeführt, und diese führt uns von selbst auf die Quelle, aus der die Reformation schöpfte.

Die italienischen Civilisten vor der zweiten Hälfte des 13ten Jahrhunderts, die in der Praxis überall nur das Anklageverfahren vorfanden, berücksichtigen die Fälle, in denen eine Untersuchung und Bestrafung von Amts wegen statt findet, entweder gar nicht oder nur als untergeordnete Ausnahme von der Regel. Namentlich wird auch der Tortur nur beiläufig als eines in der Regel nur gegen Sklaven zulässigen, wenig gebräuchlichen und noch weniger zuverlässigen Beweismittels gedacht [4]).

Die Canonisten dagegen, welche auf Grund der Gesetzgebung Innocenz III. den Inquisitionsprozeß mit großem Fleiße bearbeiten, lassen die von der kirchlichen Gesetzgebung ausdrücklich verworfene Tortur entweder ganz unbeachtet, oder erwähnen sie beiläufig, in so fern sie nicht bloß das Verfahren der kirchlichen, sondern auch der weltlichen Gerichte darstellen wollen, ohne jedoch auf eine umfassendere Betrachtung der rechtlichen Voraussetzungen, Formen und Wirkungen der Tortur einzugehen, die als Institut des römischen Rechtes vielmehr den Civilisten zu überlassen sei [5]).

„Erst nachdem in der zweiten Hälfte des 13ten Jahrhunderts der Inquisitionsprozeß auch in den weltlichen Gerichten Italiens Eingang gefunden hatte, nachdem die Civilisten ihn als in den

4) Biener a. a. O. S. 78 flg. Der Standpunkt der civilistischen Doctrin jener Zeit in Betreff des Strafverfahrens ist am besten zu erkennen aus dem, Placentinus zugeschriebenen, Tractatus de accusationibus iudiciorum publicorum. Der 5te Titel handelt besonders von der Tortur, die als res fragilis, periculosa et quae veritatem fallit bezeichnet wird.

5) In solcher Weise bespricht z. B. Durantis speculum iudiciale Rubr. accusatio §. 1. die Tortur.

Digitized by Google

Quellen des römischen und lombardischen Rechtes begründet, zu rechtfertigen versucht und mit ihm die Tortur des römischen Rechtes verbunden hatten, begann man besonders die Lehre von den Indicien und sonstigen rechtlichen Voraussetzungen und Formen der peinlichen Frage zu behandeln. Die älteste bekannte Schrift der Art ist der dem Guido de Suzaria zugeschriebene, der zweiten Hälfte des 13ten Jahrhunderts angehörende Tractatus de tormentis s. de quaestionibus, der die Grundlage für eine ganze Reihe bis in das 16te Jahrhundert reichender Abhandlungen über diesen Gegenstand, so wie auch für die Behandlung dieser Fragen in den umfassenderen Werken der italienischen Criminalisten wurde. Dieser Tractat ist selbst nur das Bruchstück einer uns unbekannten größeren Schrift: de ordine maleficiorum [6]), auf deren Inhalt sich aber wohl mit Recht wird schließen lassen aus der gleichfalls noch dem 13ten Jahrhundert angehörenden Schrift: de malificiis von Albertus de Gandino, der, ein Schüler des Guido, seinem Lehrer wohl auch in allen anderen Fragen so treu gefolgt sein wird, als dies bei der Behandlung der Lehre von den Indicien und der Tortur der Fall ist. Diese Schriften sind aber die Quelle der wormser Reformation in dem Maße, daß die prozessualischen Vorschriften der letzteren sich fast durchgängig als wortgetreue Uebersetzung aus jenen darstellen [7]). Da, wie erwähnt, das in den genannten Schriften gegebene Material zum großen Theile fast wörtlich in die Werke der späteren Criminalisten überging, so könnte die Reformation allerdings auch aus anderer Quelle geschöpft haben [8]), wenn in dieser Beziehung nicht ein Punkt entscheidend schiene, der auch in anderer Beziehung von Interesse ist. Albertus de Gandino nimmt nämlich das Wort indicium in dem weiteren Sinne, wonach es ihm überhaupt

6) Savigny Gesch. des röm. Rechts im M. A. V. S. 357.

7) Es sind namentlich zu vergleichen die den Strafprozeß behandelnden Titel I—X. Buch VI. Th. 2. der W. R. mit A. de Gandino Rubr. qualiter fiat accusat. de praesumt. et indiciis dubit. de praesumt. et indic. indub. de quaestionibus et torment. de defensionibus.

8) Titel II. und XI. der Reformation lassen eine Bekanntschaft mit Angelus Aretinus de Gambilionibus: de maleficiis erkennen; zu vergleichen sind besonders Gloss. fama publ. praecedente, comparuerunt dicti inquisiti et totum negarunt.

Digitized by Google

ein jedes Beweismittel bezeichnet. Er unterscheidet aber indicia dubitata, d. h. solche, welche nur die peinliche Frage zur Folge haben, und indicia indubitata, auf Grund deren die Verurtheilung und peinliche Strafe statt finden kann. Als solche indicia indubitata führt er an: das freiwillige Geständniß, das auf der Tortur abgelegte und nachher wiederholte Geständniß, wenn ein Flüchtiger ergriffen wird der bereits verurtheilt ist, wenn Jemand mit dem Beschädigten paciscirt um ihn mit Geld zu sühnen, den Augenschein obrigkeitlicher Personen, Notorietät, und endlich auch den Fall, der an einzelnen Beispielen erläutert wird, daß mehrere Wahrscheinlichkeitsgründe in der Art zusammen treffen, daß sie die volle Ueberzeugung des Richters zu begründen vermögen. Hiernach konnte also die Verurtheilung zu peinlicher Strafe auch ohne Zeugenbeweis oder Geständniß auf Grund eines Indicienbeweises erfolgen. Diese Unterscheidung der indicia dubitata und indubitata findet sich zwar auch bei den Criminalisten des 14ten und 15ten Jahrhunderts, nur daß diese von dem Sprachgebrauche des Albertus de Gandino darin abweichen, daß sie unter Indicien nur Gründe der Wahrscheinlichkeit verstehen und also Geständniß und Zeugenbeweis nicht zu den Indicien rechnen. Die wormser Reformation verwirft dagegen die Verurtheilung auf Indicien ohne Geständniß gänzlich, behält aber im Titel X., wo sie die Gründe angiebt, auf welche eine Verurtheilung erfolgen kann, die dem Alb. de Gandino eigenthümliche und bei ihr nicht mehr passende Bezeichnung: „Von unzweifelhaften Vermuthungen und Anzeigen" bei, und entnimmt ihm alle Bestimmungen dieses Titels wörtlich.

§. 9.

Die Bambergensis und Carolina.

In einer viel umfassenderen, planmäßigeren und selbständigeren Weise, als diese früheren Versuche der Landesgesetzgebung, suchte Johann von Schwarzenberg durch die bamberger Halsgerichtsordnung von 1507 die deutsche Gerichtsverfassung und die Grundformen des deutschen Strafverfahrens mit der Prozeßtheorie der italienischen Juristen zu vereinigen. Wenn es im hohen

Digitized by Google

Grade wahrscheinlich ist, daß Schwarzenberg die tyroler und radolphzeller Malefizordnung und die wormser Reformation kannte [1]), so wird es auch nicht bezweifelt werden können, daß ihm namentlich letztere als Wegweiser gedient und auf die Quellen hingewiesen habe, aus denen er schöpfte. Wie diese, unterscheidet die Bambergensis zwei Arten des Strafverfahrens, das accusatorische und das inquisitorische, jedoch in der Art, daß sie sich nicht der früheren Doctrin anschließt und die Inquisition nur in den bestimmten Fällen eintreten läßt, in denen man sie nach den Grundsätzen des römischen Rechtes für zulässig erachtete [2]), sondern der italienischen Praxis und späteren Doctrin folgend, überall eintreten läßt, wo es am Ankläger fehlt. Der Erfolg konnte einerseits bei dem Streben der Landesobrigkeit, gegen jedes Verbrechen unnachsichtlich einzuschreiten, und andererseits vermöge der Erschwerung der Anklage durch die vom Kläger zu leistende Bürgschaft und die zu übernehmende Beweisführung, die jetzt nicht mehr wie früher ein begünstigendes Recht, sondern eine beschwerliche Pflicht war, kein anderer sein, als der späterhin eingetretene, daß nämlich das accusatorische Verfahren durch das inquisitorische allmälig verdrängt wurde. Bei beiden Arten des Verfahrens findet ein Unterschied im Beweisverfahren nicht statt. Dagegen sucht die Bambergensis die verschiedenen Formen des altdeutschen Verfahrens, die Unterschiede des Verfahrens bei handhafter That, bei nicht handhafter That und des Achtsprozesses, in einer ihrem Wesen wenig entsprechenden Weise, beizubehalten. Der Begriff der handhaften That ist hier übergegangen in den weiteren der „unzweiffenlichen Missetat" oder des crimen notorium der italienischen Juristen. Da aber das die handhafte That charakterisirende Beweisverfahren beseitigt ist, so bleibt hier als die einzige Eigenthümlichkeit, im Anschluß an die Lehren der italienischen Juristen vom crimen notorium [3]), nur das Eine übrig,

1) Hermann Joh. Frhr. v. Schwarzenberg S. 34 flg. Mittermaier im N. Archiv d. Criminalr. Bd. 9. S. 57. Zöpfl das alte bamberger Recht S. 175.

2) Durantis spec. ind. Rubri de inquisit. §. 2. Alb. de Gand. tract. malef. Rubr. quid sit accusatio.

3) Durant. l. c. Rubr. de notor. crim. Alb. de Gand. l. c. Rubr.

Digitized by Google

daß das Verfahren ein summarisches ist. Ist die That nicht „unzweiffenlich", so findet, gleichviel ob accusatorisch oder inquisitorisch verfahren wird, das ordentliche Beweisverfahren statt, wonach eine Verurtheilung zu peinlicher Strafe unbedingt nur auf Grund eines genügenden Zeugenbeweises oder des Geständnisses erfolgen kann. Im Falle des Leugnens muß daher entweder freigesprochen, oder durch richterliches Urtheil, durch welches das Dasein genügender Indicien festgestellt wird, die Tortur verhängt werden. Die Lehre von den Indicien, deren rechtliche Bedeutung, von dem auf der Tortur abgelegten Geständniß und dessen Wirkung, ist es daher, die Schwarzenberg mit großer Vollständigkeit und Genauigkeit erörtert.

Gegen diese Beweistheorie Schwarzenbergs wird sich gewiß mit Recht einwenden lassen, daß, wie sinnreich und sorgsam sie auch in der Abwehr möglicher Mißbräuche der Tortur sein mag, ein im wesentlichen auf die Tortur basirtes Strafverfahren doch immer größere Nachtheile mit sich bringen muß, als diejenigen sind, die aus der, auch dort nicht ausgeschlossenen, Willkür und Unkenntniß eines Richters erwachsen, dem, nach dem Grundsatze des deutschen Leumundsprozesses, das Recht zusteht, ohne alle gesetzlichen Beweisregeln sein Urtheil zu sprechen, und daß darum das Verdienst Schwarzenbergs vielleicht ein viel größeres gewesen wäre, wenn er, was so nahe lag, den Leumunds- und kirchlichen Inquisitionsprozeß in seiner ursprünglichen Gestalt zur Grundlage seiner Gesetzgebung gewählt hätte [4]). Will man aber, wie gewöhnlich, ihm jene Beweistheorie als sein höchstes Verdienst anrechnen, so wird dies wenigstens dadurch geschmälert, daß er in keiner Beziehung als Schöpfer derselben bezeichnet werden kann. Die wesentlichsten Grundsätze derselben waren durch die wormser Reformation bereits 10 Jahre früher vollständig ausgesprochen und statutarrechtlich in Deutschland eingeführt worden, so daß die Bambergensis sich von dieser nur durch die vollstän-

---

quomodo cognoscitur quando crim. est notor. Angel. de Gamb. l. c. Gl. etiam per modum notorii.

4) Vgl. Wächter Beiträge S. 75.

Digitized by Google

digere Durchbildung jener Principien unterscheidet, und auch diese kann ihr nur zum kleinsten Theile als eigenthümlich zugerechnet werden[5]). Trotz der großen Uebereinstimmung der Bam-

5) Beiläufig einige Bemerkungen über das alte bamberger Recht, das seit Zöpfls Darstellung als die bedeutsamste Quelle der Bambergensis betrachtet wird. Daß Schwarzenberg, in so weit er das deutsche Straf- und Prozeßrecht benutzte, hauptsächlich das bamberger Recht vor Augen hatte, ließ sich, auch ohne nähere Kenntniß desselben, vermuthen und wird nach Zöpfls Ausführung Niemand bezweifeln. Die Frage nach den Quellen der Bambergensis ist aber doch wohl darum besonders von Interesse, weil es darauf ankommt, den Ursprung der ihr *eigenthümlichen* und *neuen* Rechtsgrundsätze aufzuklären, und in dieser Beziehung scheint uns durch die Verweisung auf das bamberger Stadtrecht sehr wenig geleistet. Daß der Quellenwerth desselben für den strafrechtlichen Theil der Bambergensis sehr unbedeutend ist, giebt Zöpfl selbst zu. Nicht viel besser verhält es sich mit seinem Quellenwerthe für die prozessualischen Bestimmungen der Bambergensis. Von untergeordnetem Interesse ist, wie Zöpfl S. 172 selbst sagt, die Uebereinstimmung der Bambergensis mit dem bamberger St. R. in einzelnen Rechtsgrundsätzen. Dazu kommt, daß diese Rechtsgrundsätze sich theils auf unbedeutende Formalien beziehen, theils dem bamberger Rechte nicht eigenthümlich sind, sondern sich in ganz ähnlicher Fassung in vielen anderen Statutarrechten vorfinden, theils daß diese Uebereinstimmung auf irriger Annahme beruht. So soll die Bambergensis die wichtige Lehre von der Nothwehr den dürftigen Bestimmungen des bamberger St. R. entnommen haben, ja es soll, wenn irgend eine so gerade die in der Bambergensis art. 165 (Zöpfl S. 148) enthaltene Stelle, daß der Angegriffene mit seiner Gegenwehr nicht schuldig zu warten bis er geschlagen, den deutlichsten Beweis dafür liefern, daß das bamberger St. R. die Quelle der Bambergensis war. Möge man dagegen die Art. 164—168 der Bambergensis mit der Gloss. et dictus Titius se defendendo bei Angel. Aret. de Gambil. vergleichen und man wird hier alle einzelnen Bestimmungen derselben, zum großen Theile wörtlich, namentlich auch jene Stelle, vorfinden. Was nun aber „*die Grundprincipien des Criminalprozesses*" betrifft, so ist es fast unbegreiflich, wie diese dem bamberger St. R. entnommen sein sollen. Das letztere enthält im wesentlichen die Grundsätze des altdeutschen Strafverfahrens; die Bambergensis hat dasselbe total umgestürzt, und nur, indem in Bamberg wie überall schon im 13ten und 14ten Jahrhundert von der Strenge des Principes abweichende Modifikationen in jenem Verfahren eintraten, konnte Zöpfl, an diese sich anhaltend, einigen Schein für seine Darstellung gewinnen.

Die „unzweifentliche Missetat" der Bambergensis, d. h. das crimen notorium der italienischen Juristen, befaßt die handhafte That nur als besonderen Fall unter sich, und weicht in ihrer prozessualischen Wirkung von der handhaften That des älteren deutschen und bamberger Rechtes gänzlich ab; und doch soll dieses die Quelle sein? In Betreff des Leumunds- und Inzichtprozesses soll „die berühmte Theorie Schwarzenbergs", daß Niemand wegen Inzichts ohne sein Geständniß verurtheilt werden darf, sich „buchstäblich" im bamberger St. R. vorfinden. Es ist dies richtig, nur mit dem Unterschiede, daß dies, wenn nicht handhafte That vorlag, der uralte Grundsatz des deutschen Strafverfahrens ist, der sich eben so sehr schon im Sachsenspiegel oder in den Capitularien vorfindet. Die Bambergensis läßt aber ohne Geständniß die Verurtheilung eintreten bei genügendem Zeugenbeweise, den das St. R. nicht kennt. Fehlt es an diesem, so läßt die Bambergensis, bei genügenden Indicien, die Tortur eintreten, das St. R. dagegen in der Regel den Reinigungseid, in welchen Ausnahmefäl-

Digitized by Google

bergensis und der wormser Reformation, sowohl in den Principien als in den einzelnen Rechtsgrundsätzen, und oft sogar in deren wörtlicher Fassung, wird man diese nicht als Quelle jener bezeichnen können, da jene Uebereinstimmung sich vielmehr daraus erklärt, daß beide aus einer gemeinsamen Quelle schöpften. Beide unterscheiden sich aber in der Art, wie sie ihre Quellen benutzten, und zwar zunächst dadurch, daß die wormser Reformation sich damit begnügt, ihre Bestimmung aus ein paar wissenschaftlichen Werken wörtlich zu excerpiren, während Schwarzenberg das ihm durch die Werke der italienischen Criminalisten und Prozessualisten dargebotene Material in größerer Vollständigkeit und mit so tiefer Einsicht und solcher Selbständigkeit benutzte, daß er es zugleich, wenigstens in einigen Punkten, unternahm, die gegebenen Principien weiter durchzuführen. Darum wird auch das Bemühen vergeblich sein, aus jener Litteratur das eine oder andere Werk hervorzuheben, das als die eigentliche Quelle der Bambergensis zu bezeichnen wäre.

Diese größere Selbständigkeit Schwarzenbergs giebt sich, im Gegensatze zum Verfasser der wormser Reformation, auch darin kund, daß er, trotz der gänzlichen Umgestaltung des Strafverfahrens, dennoch dasselbe an die äußerlichen Formen des altdeutschen Verfahrens anzuknüpfen sucht. Was er in dieser untergeordneten Beziehung dem deutschen und insbesondere auch dem bamberger Rechte entnahm, ist, wie z. B. die leere Formalität des endhaften Rechttages, leicht kenntlich und bedarf, nach Zöpfls Ausführung, keines näheren Nachweises. In Betreff aller anderen prozessualischen Bestimmungen sind die italienischen Juristen

---

len die Tortur, ist nicht angegeben. Von der wichtigen Indicienlehre der Bambergensis weiß das St. R. gar nichts. Mit einem Worte, wäre im bamberger St. R. nicht von der Tortur als eines ausnahmsweise anzuwendenden Mittels die Rede, so könnte man das Verfahren des Sachsenspiegels bei übernächtiger That mit gleichem Grunde wie das bamberger St. R. als Quelle der Bambergensis betrachten.

So bleibt das „Erkennen in die Mordacht" übrig, das in die Carolina nicht mit überging. Daß dies das von Schwarzenberg, für den Fall der Tödtung, beibehaltene altdeutsche Contumacialverfahren ist, hat man nie bezweifelt, und daß hier in den Formalien des bamberger St. R. die Quelle war, ist ziemlich gleichgiltig.

Digitized by Google

die Quelle der Bambergensis, und da hier nicht der Ort ist, dies im Einzelnen nachzuweisen, so muß die allgemeine Behauptung genügen, daß nicht bloß alle wesentlichen Principien des Strafverfahrens, sondern auch die bei weitem meisten der einzelnen Rechtsgrundsätze, in der wichtigen Lehre von den Indicien z. B. fast sämmtliche der angegebenen Anzeigen, und zwar zum großen Theile in fast wörtlicher Uebersetzung, den criminalistischen und prozessualistischen Werken von Guido de Suzaria, Jacob. de Arena, Dinus, Albert. de Gandino, Durantis, Roffredus, Joannes Faber, Jacob. de Belvisio, Bartolus, Baldus, Baldus de Periglis, Ambertus de Antramonia, Angelus Aretinus, Franciscus Bruni, entnommen sind. Nur für die Grundsätze der Bambergensis, über weitere Befragung der auf der Tortur Bekennenden und Erkundung der bekannten bösen Umstände, finden sich in diesen Werken wenig Anknüpfungspunkte, so daß in dieser Beziehung Schwarzenberg noch am meisten originell zu sein scheint. Welche und wie viele jener Werke Schwarzenberg benutzt hat, wird sich darum schwer ermitteln lassen, weil die traditionell gewordenen Grundsätze, Erläuterungen, praktischen Beispiele u. s. f. in allen wiederkehren, und nur wenige sich durch so bestimmte Eigenthümlichkeiten charakterisiren, daß sich deren Benutzung mit Gewißheit erkennen ließe. Unzweifelhaft möchte vielleicht nur die Benutzung des berühmten und einflußreichen tractatus de maleficiis von Angel. Aret. de Gambilionibus und des, dem Ende des 15ten Jahrhunderts angehörenden, tractatus de indiciis et tortura von Franciscus Bruni sein. In Betreff des letzteren ist namentlich noch auf einige wichtigere Punkte aufmerksam zu machen. Wie bereits erwähnt, lassen die Juristen des 13ten und 14ten Jahrhunderts nicht bloß auf Zeugenbeweis und Geständniß, sondern auch auf Indicien, fofern sie indubitata sind, die Verurtheilung folgen, und diese Unterscheidung der indicia dubitata und indubitata findet sich, wie gezeigt, noch in der wormser Reformation vor. Aber schon Albert. de Gandino äußert Bedenken gegen die Verurtheilung auf Indicien, die nach ihm sich vielfach wiederholen, bis endlich am Ende des 15ten Jahrhunderts der Indicienbeweis zum Zwecke der Verurtheilung zu

Digitized by Google

peinlicher Strafe völlig verworfen wird. Bruni scheint der Erste zu sein, der, eben so wie die Bambergensis, dies entschieden ausspricht, und hinzufügt: et ita omnes sapientes Bononiae volunt, quod nullus possit capitaliter condemnari ex indicio. Ferner findet sich bei ihm, wie in der Bambergensis, die Eintheilung der Indicien in solche, welche sich gleichmäßig auf alle, und solche, welche sich nur auf bestimmte Verbrechen beziehen, obwohl die von der Bambergensis angeführten Beispiele beider Arten von Indicien meist schon früher vorkommen. Endlich scheint Bruni der Erste zu sein, welcher, wenigstens im allgemeinen, den Grundsatz der Bambergensis ausspricht, daß der Richter sich mit dem auf der Tortur abgelegten und wiederholten Geständniß nicht begnügen, sondern zugleich die Wahrheit der vom Inquisiten angegebenen näheren Thatumstände erforschen soll, und selbst ein von ihm beigefügtes erläuterndes Beispiel ist in die Bambergensis übergegangen.

Daß der so gestaltete Strafprozeß den ungelehrten Schöffen, trotz seiner festen gesetzlichen Gestaltung, noch viel größere Schwierigkeiten bereiten mußte, als das bisherige schwankende Verfahren, konnte Schwarzenberg nicht entgehen, und so gewiß die Bambergensis, wie die ihr folgende Carolina, den Charakter einer wirklichen und umfassenden Prozeß- und Strafgesetzgebung hat, so wird sich doch nicht leugnen lassen, daß sie in allen Beziehungen überwiegend durch die Rücksicht auf die juristisch ungebildeten Schöffen und deren Belehrung geleitet wurde [6]). Darum begnügt sie sich nicht damit, das Strafverfahren in allen Punkten gesetzlich zu ordnen, sondern nimmt zugleich so vielfach, die doctrinäre Form ihrer Quellen beibehaltend, den Charakter eines Lehrbuches an. Außerdem aber verweist sie, nach dem Beispiele

6) Wenn Wächter (Gemeines Recht Deutschlands S. 20) dies in Bezug auf die Carolina sehr entschieden bestreitet, so scheint er übersehen zu haben, daß die Vorrede zur Bambergensis, die doch wohl auch für Form und Tendenz der Carolina entscheidend ist, über die Absicht Schwarzenbergs den genügendsten Aufschluß giebt. Hiernach sind die durch „Uebersehen und Unwissenheit" entstandenen Mißbräuche der Anlaß zur Abfassung der Bambergensis, der Zweck ist „den gemeinen Personen, die der Recht nicht gelernet haben" nicht bloß „ein Form und Weis zu handeln und zu richten" zu geben, sondern auch „ihrer Unbegreiflichkeit" zu Hilfe zu kommen.

Digitized by Google

der hessischen Gerichtsordnung von 1455 und der bambergischen Landgerichtsordnung von 1503, die Schöffen in solchem Maße an den Rath der Rechtsverständigen, daß ihnen nur eine sehr geringe Selbständigkeit übrig blieb, und auch in dieser Beziehung der Zweck: das neue Prozeßverfahren mit der alten Gerichtsverfassung zu verbinden, verfehlt erscheinen mußte.

Die gleiche Tendenz, mit den gesetzlichen Anordnungen die Belehrung der Schöffen zu verbinden, giebt sich aber ferner eben so sehr kund in dem das Strafrecht betreffenden Theile der Bambergensis. Zwei Beziehungen sind es, in denen sie, den damaligen Zustand des Strafrechtes berücksichtigend, Gesetzgebung und Belehrung für nothwendig erachtet, einmal in Bezug auf das Verhältniß des „gemeinen, geschriebenen Rechtes" zur „guten Gewohnheit des Landes", sodann in Bezug auf den Thatbestand der einzelnen Verbrechen.

In ersterer Beziehung setzt die Bambergensis das gemeine geschriebene d. h. das römische Strafrecht als ein in seinem ganzen Umfange in Deutschland unzweifelhaft geltendes voraus [7]). Für die Entscheidung der Frage nach dem Verhältniß des einheimischen Partikularrechtes zu dem gemeinen, konnte ihr aber weder die wormser Reformation, die nur ganz allgemein auf „alte Constitution, andere Ordnung oder Gesetze des gemeinen Rechtes" verweist, noch auch dasjenige als Norm dienen, was sich darüber bei den italienischen Juristen vorfand. Die Bemühungen derselben, das römische Recht mit dem Landesrechte und städtischen Statutarrechte in Einklang zu bringen, laufen im wesentlichen darauf hinaus, diesen Einklang durch eine mehr oder minder gewaltsame Interpretation herzustellen, weshalb sie die Frage nach der Interpretation des Statutarrechtes und nach dem Rechte der städtischen Obrigkeit, neue statutarrechtliche Anordnungen zu erlassen, welches sie möglichst einzuschränken suchen, besonders beschäftigt [8]). In solcher Weise war in Italien im Laufe des 14ten und 15ten Jahrhunderts ein so verworrener Zustand des

7) Wächter a. a. O. S. 19—31.

8) Besonders belehrend ist in dieser Beziehung Albert. de Gandino Rubr. de observant. statutor. Rubr. de multis quaest. dependent. a statutis.

Strafrechtes eingetreten, wie ihn bis dahin Deutschland nicht gekannt hatte, und vor welchem es weiterhin hauptsächlich durch die Bambergensis und Carolina bewahrt blieb. Die Bambergensis ordnet nämlich das Verhältniß des gemeinen und des Partikular-Strafrechtes in der Art, daß sie das Strafmaß als die entscheidende Norm betrachtet. Hiernach betrachtete sie alle Fälle, welche nur eine bürgerliche Strafe im Sinne jener Zeit nach sich ziehen, als solche, in denen das Statutarrecht unbedingt zur Anwendung kommt [9]), und darum übergeht sie, im Unterschiede von der wormser Reformation, als ein für das ganze bambergische Land bestimmtes Gesetzbuch, diese Fälle fast gänzlich und überläßt sie dem Lokalrechte. Diejenigen strafbaren Handlungen, welche eine peinliche Strafe nach sich ziehen, werden Art. 125 weiter unterschieden in solche, welche nach gemeinem Rechte mit dem Tode und solche, welche an Leib und Gliedern bestraft werden. Darüber, ob die eine oder andere Strafart verwirkt sei, soll allein und unbedingt das gemeine Recht entscheiden, so daß hierin jede partikularrechtliche Abweichung ausgeschlossen wird, wogegen es „guter Gewohnheit" und richterlichem Ermessen überlassen bleibt, in Rücksicht auf das Maß der Schuld und andere Umstände die Art der Ausführung der einen oder anderen Strafe fest zu stellen. Dies ist zugleich die Norm für die weiteren Strafbestimmungen der Bambergensis selbst, obwohl sie unbewußt derselben nicht überall treu geblieben ist [10]). Da aber die Bambergensis nicht den Anspruch macht, ein durchaus vollständiges Strafgesetzbuch zu sein, sondern nur in einer den Bedürfnissen ihrer Zeit entsprechenden Weise das einheimische mit dem gemeinen römischen Strafrechte zu vermitteln sucht, so tritt zugleich nach Art. 126 das letztere in allen den Fällen, für welche die Bambergensis eine besondere Strafbestimmung nicht enthält, als ein subsidiäres Recht in der Art ein, daß seine Grundsätze über die Frage entscheiden: welche Handlungen sonst noch eine peinliche

9) Auch bei den italienischen Juristen herrscht die Tendenz, die Geltung des Statutarrechtes wo möglich hierauf zu beschränken.

10) Aus dieser Rücksicht beseitigte deshalb die Carolina art. 117. 118. 120. 122 die von der Bambergensis art. 142. 143. 145. 147 festgesetzten Strafen.

Digitized by Google

Strafe, und welche Art von Strafen sie nach sich ziehen, während es auch in diesen Fällen dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, die näheren Modalitäten der Strafe, nach Analogie der sonstigen strafrechtlichen Grundsätze der Bambergensis, fest zu stellen. Um endlich dieses Strafsystem gegen die allgemeine Gewohnheit der Gerichte: die peinliche Strafe durch Geld ablösen zu lassen, zu sichern, entzieht Art. 272 dieses Recht den Gerichten gänzlich, und überträgt es auf den Landesherrn, in dessen Hand es sich zum Begnadigungsrechte gestaltete.

Es kann auffallend erscheinen, daß die Bambergensis bei dieser Anordnung alles Gewicht auf die Strafart legt, während doch die Grundsätze über die criminalistische Zurechnung und die Feststellung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen von nicht geringerer Bedeutung sind. Um dies erklärlich zu finden, muß man sich zunächst auf den Standpunkt jener Zeit zurück versetzen, die in der Strafgesetzgebung die Feststellung der Strafe als das Wesentlichste betrachtete, wogegen das eigenthümliche Wesen des einzelnen Verbrechens als etwas Bekanntes, im Bewußtsein der Zeit und des Volkes Feststehendes, vorausgesetzt wurde. Dazu kam, daß das ältere Anklageverfahren, nach welchem die Anklage auf ein bestimmt bezeichnetes Verbrechen gerichtet war, und die Thätigkeit des Richters sich darauf beschränkte, nach dem von den Parteien geführten Beweise die Strafe auszusprechen, keinen Anlaß gab, auf eine nähere Untersuchung der einzelnen im Wesen eines bestimmten Verbrechens liegenden Momente, oder der feineren Unterschiede der Zurechnung und des Maßes der Schuld, die bei den einfachen, wenige Abstufungen darbietenden Strafen kein Interesse hatten, einzugehen. Bei Schwarzenberg, der sich freilich über diesen beschränkten Standpunkt der früheren Zeit so weit erhob, mag vielleicht auch die Einsicht mitgewirkt haben, daß, wenn er auch in diesen Beziehungen, in welchen die nationale Eigenthümlichkeit des römischen Strafrechtes besonders scharf hervortrat, diesem irgend eine unbedingte, partikularrechtliche Abweichungen ausschließende Geltung hätte einräumen wollen, er dadurch seiner Strafgesetzgebung eine Gestalt gegeben haben würde, in welcher sie „nach gelegenheyt

Digitized by Google

diser zeyt und lande unbequem und nach dem buchstaben nit wol müglich zu gepraucheⁿ gewesen wäre. Jedenfalls hat der Erfolg gelehrt, daß Schwarzenberg durch diese in die Carolina übergegangenen Anordnungen, durch welche er römisches und deutsches Strafrecht in ein fest geordnetes, jedem seine gebührende Geltung gewährendes Verhältniß stellte, und zugleich der Doctrin und Praxis eben so sehr eine feste Norm als die nöthige Freiheit der Bewegung und Entwickelung sicherte, sich ein Verdienst erworben hat, das, weil es der Zukunft den richtigen Weg der Fortbildung vorzeichnete, vielleicht noch höher zu stellen sein möchte, als das Verdienst, das er sich um den Zustand des Strafrechtes seiner Zeit erwarb.

Wenn Schwarzenberg, der weit davon entfernt ist, das bestehende Strafrecht durch eine neue Gesetzgebung beseitigen zu wollen, sich nicht damit begnügt, den Gerichten die Anweisung zu geben, in welcher Art sie das römische und einheimische Recht neben einander zu gebrauchen haben, sondern zugleich ein, wenn nicht in der Ausführung, so doch in seinen Grundzügen vollendetes System des Strafrechtes aufstellt, und dabei eben so sehr das vorgefundene Material zu benutzen als es in originelle Weise zum einheitlichen Ganzen zu gestalten versteht, so ist dies wesentlich seinem Streben zu verdanken: den Richtern und Schöffen die Belehrung zu ertheilen, die auch in dieser Beziehung durch das veränderte Strafverfahren gefordert schien. Dieses, gleichviel ob durch Annahme von Amts wegen, oder durch Anklage veranlaßte, inquisitorische Verfahren, stellte, wie bereits oben bemerkt wurde, dem Gericht die Aufgabe, nicht mehr nur für das ohne sein Zuthun erwiesene Verbrechen die Strafe auszusprechen, sondern vielmehr selbstthätig vorher die Schuld des Verbrechers und das bestimmte Maß derselben im concreten Falle zu erforschen. Für solche Thätigkeit konnte ein Strafrecht nicht mehr genügen, das sich im wesentlichen darauf beschränkt, für das einzelne, nur mit seinem Namen bezeichnete, Verbrechen eine bestimmte Strafe zu verfügen. Sie erforderte vielmehr zuerst eine Belehrung über die Grundsätze, nach welchen, in Rücksicht auf die innerliche Willensbestimmung und die eigenthüm-

Digitized by Google

liche Gestaltung der verbrecherischen Thätigkeit, die Größe der Schuld abzumessen ist. Ferner aber mußte, wenn jetzt erst durch Schlußfolgerung aus den, durch die gerichtliche Erforschung gewonnenen, Beweismitteln festgestellt werden sollte, welches bestimmten Verbrechens der Inculpat schuldig sei, nothwendig angegeben werden, welche Momente wesentlich zum Thatbestande eines bestimmten Verbrechens gehören. Hieraus erwuchs endlich von selbst auch die Einsicht, daß, um die Strafe in ein gerechtes Verhältniß sowohl zu den verschiedenen Verbrechen, als auch zu dem verschiedenen Grade der Schuld bei Begehung desselben Verbrechens zu stellen, eine viel größere Abstufung in dem Strafen-Systeme erforderlich sei, als bisher. Wie hoch auch die Bambergensis gerade in dieser Beziehung über das Strafrecht ihrer Zeit sich erheben, wie selbständig und unabhängig sie hierin den Quellen, aus denen sie sonst schöpfte, gegenüber stehen mag, so fehlt es doch für die von ihr eingeschlagene Richtung nicht an allen Anknüpfungspunkten.

Unzweifelhaft hatte, abweichend vom nördlichen Deutschland, im Süden schon sehr früh unter dem beginnenden Einflusse des fremden Rechtes eine Richtung sich geltend gemacht, die über die nackte Aufzählung einzelner Rechtssätze hinausgehend, in doctrinärer Form die Rechtsinstitutionen zu erfassen und durch casuistische Betrachtung zu erläutern sucht. Wenn schon der Schwabenspiegel selbst eine solche Richtung erkennen läßt, so ist doch der bedeutsamste Beweis für dieselbe das, der ersten Hälfte des 14ten Jahrhunderts angehörende, Rechtsbuch Ruprechts von Freising. Wie weit sich diese Richtung vielleicht in der Praxis der Gerichte fortgebildet haben mag, ist freilich nicht anzugeben; jedenfalls aber ergiebt sich, daß es an einer Vermittelung des strafrechtlichen Standpunktes der mittelalterlichen Rechtsbücher, dem die tyroler und radolphzeller Malefizordnung noch durchaus, die wormser Reformation überwiegend angehört, und dem Standpunkte der Bambergensis nicht gänzlich fehlt. Namentlich aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das für den allmäligen Uebergang von jenem zu diesem Standpunkte zeugende Rechtsbuch Ruprechts von Freising, wenn auch nur in beschränktem Maße,

Digitized by Google

von Schwarzenberg bei Abfassung der Bambergensis benutzt worden ist [11]).

Von nicht geringer Bedeutung für die Bambergensis war es ferner, daß am Ausgange des 15ten Jahrhunderts der, fälschlich Sebastian Brandt zugeschriebene, richterliche Klagspiegel zum ersten Male es unternommen hatte, in deutscher Sprache die Kenntniß des römischen Rechtes zu verbreiten [12]). Während er in anderen Dingen hauptsächlich aus Durantis, Roffredus, Odofredus und Guido de Suzaria schöpft, entnahm er das Strafrecht, wie er auch selbst angiebt, fast ausschließlich den Institutionen, Digesten und dem Coder, und nur einige Abschnitte sind wörtlich aus Alb. de Gandino übersetzt [13]). Daß der, der lateinischen Sprache unkundige, Schwarzenberg seine Kenntniß des römischen Strafrechtes hauptsächlich dem Klagspiegel entnahm, wird dadurch wahrscheinlich, daß wir in der Bambergensis augenscheinlich überall einer den Quellen selbst entnommenen Kenntniß desselben begegnen, wogegen ein Blick auf die für die prozessualischen Bestimmungen benutzten italienischen Criminalisten genügt, um einzusehen, daß diese nicht die Quelle der strafrechtlichen Bestimmungen der Bambergensis sind. Ihre Bestätigung findet aber diese Vermuthung darin, daß die Bambergensis einige ihrer Bestimmungen ganz sicher, zum Theil wörtlich, dem Klagspiegel entnommen hat [14]). Immerhin kann aber eine möglichst vollständige Kenntniß der von Schwarzenberg benutzten Quellen die Bewunderung nur steigern, welche seine strafrechtliche Gesetzgebung in Anspruch

---

11) Zöpfl das alte bamberger Recht S. 177 flg.

12) Es ist wunderbar, daß noch bis in die neueste Zeit Brandt, der sich selbst nur als Herausgeber bezeichnet, als Verfasser des Klagspiegels und die Ausgabe von 1516 als die erste genannt wird, während nach Adrians Ausführung (Zeitschrift f. Civilr. u. Prozeß 1845) es nicht bezweifelt werden kann, daß dieses Werk schon um 1480 erschien und einem unbekannten Verfasser angehört.

13) Es sind die Rubriken: Von den penen, und Etlich frag die uff die statut der statt in der verclagung dienen.

14) Auf einige Punkte hat bereits Zöpfl (Archiv des Criminalrechts 1842. S. 317) aufmerksam gemacht, nur daß die Lehre von der Nothwehr nicht, wie er beweisen will, aus dem Klagspiegel, sondern aus Angel. Aret. de Gambil. entnommen ist. Dagegen ist Bambergensis art. 160 wohl ganz unzweifelhaft aus dem Klagspiegel Rubr. Wen den die in selbs den todt thun, hervorgegangen.

Digitized by Google

nimmt, theils vermöge des wunderbaren Geschickes, mit welchem überall an die gegebenen Zustände und vorgefundenen Rechtselemente angeknüpft und doch zugleich ein so mächtiger Schritt vorwärts gethan wird, theils vermöge der großen legislatorischen Kunst, durch welche die heterogenen Elemente des römischen, kirchlichen [15]) und einheimischen Strafrechtes zum vollkommen einheitlichen Systeme gestaltet werden. Nach beiden Beziehungen kann das Verdienst Schwarzenbergs, das er sich durch die Entwickelung seiner Grundsätze über die Zurechnung erwarb, nicht hoch genug angeschlagen werden. Während dem römischen Strafrechte eine einheitliche Gestaltung der Grundsätze über die Zurechnung ganz fehlt, da die verschiedenen leges bei den verschiedenen Verbrechen eigenthümliche, sich oft in den wesentlichsten Beziehungen widersprechende Grundsätze aufstellen; während die italienischen Criminalisten des 14ten und 15ten Jahrhunderts sich in einem todten Formalismus und einer Masse geistloser Distinctionen bewegen; während das ältere deutsche Strafrecht die verschiedenen Grade der verbrecherischen Schuld, in so weit es dieselben beachtet, nicht als solche, sondern in der Regel nur als selbständige verbrecherische Handlungen bestraft [16]), entwickelt die Bambergensis, obwohl auch hierbei aus jenen Quellen schöpfend, die Zurechnungslehre in durchaus eigenthümlicher Weise. Bemerkenswerth möchte hier noch der Umstand sein, daß, bedingt durch die veränderten politischen und socialen Zustände, die Bambergensis in einer Beziehung sich mehr der Anschauung des römischen als einheimischen Rechtes nähert. Dies betrachtet, wie

15) In Betreff des canonischen Rechtes ist beiläufig zu bemerken, daß Schwarzenberg dasselbe augenscheinlich nicht, wie das römische, als eine Quelle des gemeinen Rechtes betrachtet. Wo im Strafrechte der Bambergensis sein Einfluß unverkennbar hervortritt, hat es denselben nicht erst durch Schwarzenberg gewonnen, da sich derselbe viel mehr in allen diesen Punkten bereits seit Jahrhunderten geltend gemacht hatte, und Schwarzenberg selbst wohl kaum ein Bewußtsein davon haben mochte, was dem einheimischen Strafrechte ursprünglich angehörte und was ihm aus dem kirchlichen Rechte zugeflossen war. Vgl. Wächter a. a. O. S. 29.

16) So kennt z. B. das ältere deutsche Strafrecht den Unterschied des versuchten oder vollendeten Verbrechens, der verschiedenen Formen der Theilnahme am Verbrechen nicht, wohl aber bedroht es bestimmte Versuchshandlungen, bestimmte Arten der Theilnahme als selbständige Verbrechen mit Strafe.

Digitized by Google

oben gezeigt wurde, im Gegensatze zu dem heimlich begangenen Verbrechen, dessen Thäter den Schein des Rechtes zu bewahren sucht, das öffentlich und mit offener Auflehnung gegen das Recht begangene Verbrechen stets als das geringere. Umgekehrt die Bambergensis, welche, unter Voraussetzung eines Zustandes, in welchem die Selbsthilfe durch die überall eingreifende Gerichts- und Polizeigewalt des Staates auf das geringste Maß beschränkt ist, die heimliche Begehung des Verbrechens als die gewöhnliche, gleichsam sich von selbst verstehende, dagegen die offene Auflehnung gegen das Gesetz als die eine viel gefährlichere Kraft des verbrecherischen Willens bekundende, und darum schwerer zu bestrafende, betrachtet. Darum ist der, auf jener altgermanischen Anschauung beruhende, und schon vorher besonders in den süddeutschen Statutarrechten verwischte, Unterschied des Mordes und Todtschlages in der Bambergensis gänzlich verschwunden, und an seine Stelle ein ganz anderer, dem deutschen Rechte bis dahin fremder, Unterschied getreten, indem hier die Unterscheidung des römischen Rechtes zwischen propositum und impetus zu Grunde gelegt wird [17]). Beim Diebstahl dagegen, so nahe sich auch sonst hier die Bambergensis dem deutschen Rechte anschließt, weicht sie von diesem, aus dem angegebenen Grunde, in der Abstufung der Strafe bedeutsam ab. Es wird nämlich zunächst der offene Diebstahl härter bestraft als der heimliche. Die Unterscheidung scheint allerdings gleichbedeutend mit der des handhaften und nicht handhaften Diebstahls, die im wesentlichen aus gleicher Anschauung erwachsen ist, wie die des furtum manifestum und nec manifestum. Da aber die auf prozessualischem Grunde beruhende Unterscheidung des handhaften und nicht handhaften Diebstahls bei gänzlich verändertem Beweisverfahren für die Bambergensis

17) In manchen Fällen mag allerdings die offene und heimliche Tödtung des älteren deutschen Rechtes mit dem Todtschlage und Morde im Sinne der Bambergensis zusammen fallen, aber es ist dies nicht nothwendig der Fall, da z. B. die prämeditirte und planmäßig vorbereitete Tödtung in widerrechtlicher Fehde, wofern nur die diffidatio voran gegangen war, nicht Mord, sondern Todtschlag war. Darum bewahrt sich durch gehörige Auffagung auch in widerrechtlicher Fehde der Thäter unbedingt seine Ehre, und kann nie als Mörder, Mordbrenner, Dieb mit entehrender, sondern nur wegen Todtschlag, einfacher Brandstiftung, Raub mit ehrlicher Todesstrafe belegt werden.

Digitized by Google

bedeutungslos ist, so kann hier der Grund der Unterscheidung nur in der größeren Verwegenheit des Diebes gesucht werden, der in einer Weise stahl, daß er sich der „Nacheile" oder Entstehung eines „Aufruhrs" aussetzte. Ferner wird, im Gegensatze zum älteren deutschen Rechte, das den großen Diebstahl stets schwerer als den Raub bestrafte, hier umgekehrt jener meist nur mit Leibesstrafe, der Raub dagegen und der mit Waffen zum eventuellen Angriff auf Personen begangene Diebstahl stets unbedingt mit dem Tode bestraft. Nur beim Holzdiebstahl wird die Bambergensis, indem sie den uralt deutschen Grundsatz unverändert aufnimmt, ihrem eignen Principe untreu, und bestraft das heimliche Stehlen gehauenen Holzes schwerer, als das Hauen des Holzes, da dies, weil „die Art dem Förster ruft", im Sinne des alten Rechtes ein offener Diebstahl ist.

Nicht weniger selbständig und eigenthümlich als in der Zurechnungslehre ist die Bambergensis in der Bestimmung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen. Es ist freilich überall sofort erkennbar, wo sie sich in dieser Beziehung an die Anschauungen des deutschen, wo an die des canonischen oder römischen Rechtes anschließt, und namentlich erachtet sie sich hier, wie schon erwähnt, nicht in gleicher Weise wie bei den Strafbestimmungen, an die Grundsätze des gemeinen Rechtes gebunden. Für manchen Artikel wird sich sogar insbesondere die Quelle angeben lassen, aus welcher er höchst wahrscheinlich geschöpft ist, und es möchten hier namentlich das Rechtsbuch Ruprechts von Freising, der Klagspiegel, Placentinus de accusationibus, Angel. Aretinus de maleficiis, Martinus Garatus de crim. laes. maiest., Paulus Ghirlandus de poenis omnif. coitus illiciti, zu erwähnen sein. Gleichwohl wird man zugeben müssen, daß sie das vorgefundene Material mit solcher Selbständigkeit beherrscht und benutzt, mit so tiefer Einsicht die wesentlichsten Momente im Thatbestande der einzelnen Verbrechen zu erfassen und zu bestimmen weiß, daß ihr auch in dieser Beziehung der Ruhm einer freien, bis in die Gegenwart nachwirkenden Schöpfung nicht versagt werden kann. Wie bereits bemerkt wurde, beschränkt sich die Bambergensis, mit Ausnahme weniger Fälle, auf diejenigen Verbrechen, welche

Digitized by Google

eine peinliche Strafe nach sich ziehen, d. h. auf Friedensbrüche im älteren Sinne des Wortes. Der Friedensbruch in diesem Sinne, mit seinen eigenthümlichen prozessualischen Folgen, ist aber, wegen des veränderten Strafverfahrens, der Bambergensis unbekannt, und erscheint hier nur noch in dem engeren Sinne als selbständiges, durch Bruch geschworener Urphede, böswliches Austreten und widerrechtliche Fehde begangenes Verbrechen. Aber auch die peinlich zu strafenden Verbrechen werden nur in so weit näher bestimmt, als dies für die Belehrung der Richter und Schöffen erforderlich erscheint, während der Thatbestand anderer, wie der Brandstiftung, des Raubes, als bekannt voraus gesetzt, oder der Bestimmung durch die Grundsätze des gemeinen und Partikularrechtes überlassen wird.

Am entschiedensten sind von jeher die Strafen der Bambergensis wegen ihrer Härte und Grausamkeit angefochten worden. Wenn nun auch Schwarzenberg diese mannigfachen Todes- und verstümmelnden Strafen nicht erst erfunden, sondern sie nur als die alt hergebrachten aufgenommen hat, weil die Zeitverhältnisse etwas Anderes, namentlich einen ausgedehnteren Gebrauch der Freiheitsstrafen, nicht wohl gestatteten, so muß man doch zugeben, daß ihnen nicht bloß mit Recht der Vorwurf der Grausamkeit gemacht wird, sondern auch, daß dieser Vorwurf die Bambergensis um so mehr trifft, weil nunmehr diese Strafen in volle praktische Wirksamkeit traten, während bisher ihre Härte durch das nur zu häufig geübte Recht des Richters: die Strafe durch Geld ablösen zu lassen, gemildert worden war. Dazu kommt, daß die Bambergensis gleichsam die ganze Masse der in Deutschland vorkommenden Leibes- und Lebensstrafen sammelt, und sie alle neben einander zur Anwendung bringt, während bis dahin die deutschen Statutarrechte sich immer mit einer viel geringeren Anzahl dieser Strafen begnügt hatten. Dennoch darf auch in dieser Beziehung der Bambergensis das große Verdienst, das sie sich erwarb, nicht abgesprochen werden. Es liegt freilich nicht in den gewählten Strafübeln, sondern in der Art ihrer Anwendung, es liegt in dem großen Fortschritte, den die Bambergensis, in der Würdigung des Maßes der Schuld bei den einzelnen Ver-

Digitized by Google

brechen, machte, vermöge deren sie die Verbrechen in ein richtigeres und festes Verhältniß der Strafbarkeit zu einander stellte und eine, der Gerechtigkeit entsprechende, größere Abstufung der Strafen bewirkte. Mochte dann auch die spätere Zeit die Strafübel der Bambergensis zum großen Theile verwerfen, mochte sie selbst in einzelnen Punkten von dem von ihr aufgestellten Verhältnisse der Strafbarkeit abweichen, so war doch auch in dieser Beziehung durch die Bambergensis eine allgemeine, für die Zukunft nachwirkende, Norm gegeben.

In solcher Weise war für das beschränkte Gebiet des bambergischen Landes durch die Partikulargesetzgebung eine Aufgabe gelöst, deren Lösung nicht bloß dem gemeinen Rechte durch seinen Entwickelungsgang vorgezeichnet war, sondern auch vom Kaiser und Reichstag wie vom Volke als das dringendste Bedürfniß der Zeit empfunden wurde. Daher konnte es nicht fehlen, daß schon sehr früh, auch außerhalb des bambergischen Landes, die Bambergensis als das geeignetste Rechtsbuch, um jenem Bedürfnisse zu entsprechen, betrachtet wurde. Da sie in allen, nach der Anschauung der Zeit, wesentlichen Dingen das gemeine Recht zur Norm zu machen bestrebt ist, und daneben der Landesgewohnheit die ihr gebührende Geltung und Freiheit gewährt, so schien auch ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit in anderen Territorien nichts im Wege zu stehen, und daß man sie in solcher Art betrachtete, beweisen die seit 1508 mehrfach erschienenen mainzer Ausgaben, welche sie als eine „allen Stetten, Communen, Regimenten, Amptleuten, Vögten, Verwesern, Schultheißen, Schöffen und Richtern" dienliche Ordnung empfehlen, und dies dadurch rechtfertigen, daß sie „ganz glichförmig gemeynen geschriebnen rechten und daraus gezogen und fleißig gemeynen nutz zu gut gesammelt" sei. Nicht sowohl einer derartigen Ansicht von der Bedeutung der Bambergensis, als dem persönlichen Verhältnisse Schwarzenbergs zu den fränkisch-brandenburgischen Fürsten Casimir und Georg, ist es zuzuschreiben, daß dieselben auch für ihre Länder die Bambergensis fast ganz unverändert zum Gesetzbuche erhoben [18]). Mehr als alles Andere trug aber Tenglers

18) Herrmann a. a. O. S. 39.

Layenspiegel dazu bei, das Strafrecht und Strafverfahren der Bambergensis über einen großen Theil Deutschlands zu verbreiten, indem er das Strafrecht zum größten Theile wörtlich der Bambergensis entlehnt und im Strafprozeß nur in so fern von ihr abweicht, als er neben dem accusatorischen und inquisitorischen Verfahren, zugleich auch der übrigen Formen des kirchlichen Verfahrens gedenkt. Wenn daher überhaupt durch einen Akt der Reichsgesetzgebung das Strafrecht und Strafverfahren neu gestaltet werden sollten, so mußte es unter solchen Verhältnissen fast unvermeidlich erscheinen, die Bambergensis als Grundlage zu benutzen. Nach langen und vielfachen Reichstagsverhandlungen [19]) war es denn endlich „Karls V. und des heyligen römischen Reichs peinlich gerichts ordnung" von 1532, welche die Bambergensis mit mehrfachen Abänderungen und Auslassungen, die jedoch ihren Charakter in keinem wesentlichen Punkte alterirten, zum Reichsgesetze erhob.

§. 10.

Die Umbildung des brandenburgischen Strafrechtes unter dem Einflusse der Bambergensis und Carolina.

Für die Mark Brandenburg wurde der Uebergang vom Standpunkte des mittelalterlichen Strafrechtes auf den der Bambergensis und Carolina vorbereitet durch eine Reform der Gerichtsverfassung. Als im 15ten Jahrhundert die hohenzollerschen Fürsten bemüht waren, die Mark aus der Zerrüttung aller Verhältnisse, der sie unter den bairischen und luxemburgischen Herrschern verfallen war, wieder aufzurichten, mußte sich ihr Augenmerk nothwendig auch auf das für jene Zeit bedeutsamste Recht der Landeshoheit, die Gerichtsgewalt, richten, um deren Handhabung im Inneren des Landes wie auch nach Außen im Verhältnisse zum Reiche sicher zu stellen. Neben den städtischen und den gutsherrlichen Gerichten, sowohl des Markgrafen in dessen Domänen-Aemtern, als der Geistlichkeit und des Adels, fanden sie

19) Darüber sind zu vergleichen Malblank Geschichte der P. G. O. S. 172 flg. Herrmann a. a. O. S. 68 flg.

Digitized by Google

als landesherrliche Gerichte vor: 1) eine kleine Anzahl der alten Landgerichte, — iudicium iniuriarum des Landbuches, — welche die Civil- und Criminalgerichtsbarkeit über die einem städtischen oder gutsherrlichen Gerichte nicht unterworfenen Personen, so wie die Criminalgerichtsbarkeit über die Bewohner derjenigen Städte und Dörfer, in denen der Landesherr das iudicium supremum nicht verliehen hatte, ausübten; 2) die Hofgerichte, — iudicium advocatorum quod est super debitis des Landbuches, — denen die Civilgerichtsbarkeit über den vom Landgerichte eximirten Adel zustand; und 3) das am Hofe des Fürsten befindliche Hofgericht — iudicium curiae des Landbuches, — welches die Lehns- und Criminalgerichtsbarkeit über den Adel ausübte. Die hohenzollerschen Fürsten richteten ihre Bemühungen zunächst auf die Wiederherstellung der in Verfall gerathenen Hof- und Landgerichte, und mochten, wie in jeder anderen so auch in dieser Beziehung, vorzüglich auf die Erneuerung und Befestigung der, besonders durch die Willkür des Adels, geschmälerten landesherrlichen Rechte bedacht sein[1]). Bei dieser Reorganisation wurden aber die Hof- und Landgerichte in der Art vereinigt, daß unter dem Vorsitze desselben Hof- und Landrichters, aber an verschiedenen Tagen und zunächst wohl auch mit verschiedenen Schöffen, bis diese im 16ten Jahrhundert durch rechtsgelehrte Richter verdrängt wurden, die Gerichtsbarkeit des einen und anderen Gerichtes geübt wurde. Eine kleine Zahl adliger Familien, welche schon früher als die Beschloßten von allen anderen unterschieden wurden[2]), glaubte sich durch diese Vereinigung beeinträchtigt, und wurde schon 1436 vom Hof- und Landgerichte eximirt und ausschließlich an das Hofgericht des Churfürsten verwiesen[3]). Um allen Mißbräuchen entgegen zu wirken, wurden überdies wiederholt von den Churfürsten selbst Revisionen

1) In Bezug hierauf und das Folgende ist zu vergleichen der Aufsatz: Geschichte des Kammergerichtes zu Berlin in Hymmen Beiträge zur juristischen Litteratur Bd. I. u. flg. Es findet sich hier vieles Material gesammelt, die Darstellung ist aber in hohem Grade verworren und bedarf überall der Berichtigung.

2) Gerken dipl. vet. March. I. 191. II. 628—631.

3) Lenz Brand. Urk.-Sammlung S. 566.

Digitized by Google

der Gerichte vorgenommen [4]). Die ordentliche Einrichtung und Handhabung der städtischen und gutsherrlichen Gerichte war schon durch das Mandat wider die Störer des Landfriedens von 1414 angeordnet worden [5]), und die Reformation der städtischen Verfassungen [6]) ordnete von neuem das Verhältniß der städtischen und landesherrlichen Jurisdiction. In welcher Weise die Uebergriffe der geistlichen Gerichte beschränkt wurden, ist bereits oben gezeigt worden.

Die vielfachen Kämpfe, welche die hohenzollerschen Fürsten im ersten Jahrhundert ihrer Herrschaft mit dem Adel wie mit den Städten zu bestehen hatten, waren im hohen Grade geeignet, ihnen die Bedeutung einer, ohne allen fremdartigen Einfluß mit voller Strenge geübten, Strafgerichtsbarkeit zum Bewußtsein zu bringen, und darum war ihr Streben vorzüglich darauf gerichtet, diese früherhin an Adel, Geistlichkeit und Städte so vielfach veräußerte Gerichtsbarkeit wo möglich ganz in der Hand des Landesherrn zu sammeln. In manchen Fällen mochte es gelingen das in den voran gegangenen stürmischen Zeiten verloren gegangene iudicium supremum den Landgerichten wieder zu gewinnen, während in vielen anderen die rechtmäßige Erwerbung desselben von Seiten der Städte und Grundherren anerkannt und von neuem bestätigt werden mußte. Darum nimmt für alle solche Fälle nunmehr der Churfürst ein Oberaufsichtsrecht in der Art in Anspruch, daß von den städtischen und grundherrlichen Gerichten ohne Wissen und Willen des Landesherrn oder seines „Anwaltes" Niemand peinlich verhört und gestraft werden durfte [7]), damit, wie es heißt, „wir auch mit wissen wie mit den obersten gerichten umbgangen, und dasjenig so strafbar ist, gestraft werd", ein Recht, das allmälig von selbst dahin führen mußte, die Strafgerichtsbarkeit zu einer ausschließlich landesherrlichen zu machen.

Den bedeutsamsten Einfluß auf den Rechtszustand der Mark übte aber die Errichtung des churfürstlichen Kammergerichtes

4) Gerken l. c. III. 93.
5) Raumer Cod. dipl. I. 82.
6) Raumer l. c. II.
7) Raumer l. c. II. p. 222. 235. 241.

aus. Wenn auch die Kammergerichtsordnung von 1516 [8]) von diesem Gerichte als einem neu errichteten spricht, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß nur seine Organisation eine neue ist, während es selbst unmittelbar aus einem bereits bestehenden Gerichte, nämlich dem am Hofe des Churfürsten befindlichen Hofgerichte, hervorging. Es ergiebt sich dies daraus, daß ihm die gleiche Competenz beigelegt wird, nämlich zu richten über den von den Hof- und Landgerichten eximirten Adel und über die städtischen Magistrate, so wie aus der Reformation des Kammergerichtes von 1540 [9]), welche es ausdrücklich als an die Stelle des früheren Hofgerichtes getreten bezeichnet. Außerdem aber waren mit der Errichtung dieses Gerichtes noch weitere Zwecke beabsichtigt. Wie bereits der Name Kammergericht andeutet, war es eine Nachbildung des Reichskammergerichtes, und sollte für die Mark dessen Stelle vertreten. Darum wurde ihm die Aufgabe gestellt, die höchste Justizaufsichtsbehörde über das ganze Land und für alle Gerichte desselben eine Appellationsinstanz zu bilden [10]). Vom Kammergericht wurde noch die Supplikation an den Landesherrn gestattet, wogegen eine jede weitere Appellation an die Reichsgerichte verboten war, welches Verbot durch die Bestätigung des privilegium de non appellando vom Kaiser Rudolph II. 1586 bekräftigt wurde [11]). Neben dem Kammergerichte wurde aber, wegen zu großer Entfernung desselben von den entlegneren Landestheilen, 1520 zu Stendal und 1585 auch für die Uckermark zu Prenzlau ein so genanntes Quartalgericht errichtet, das in allen Beziehungen für jene Landestheile die Stelle des Kammergerichtes vertreten sollte [12]).

8) Mylius l. c. II. 1. No. 1.

9) Mylius l. c. No. V.

10) Der Stellung des Kammergerichtes als Appellationsgericht gedenkt die K. G. O. von 1516 nicht, indem sie ihm nur das Recht giebt, wegen verzögerter oder verweigerter Justiz an Stelle des Untergerichtes zu entscheiden. Man mochte auch in Bezug auf die Appellation stillschweigend es an die Stelle des Hofgerichtes getreten erachten, und daß dies der Fall war, zeigt schon die Reformation von 1540, wie die Ordnung des dem berliner nachgebildeten neumärkischen Kammergerichtes von 1561.

11) Reformation der K. G. O. von 1540. Mylius l. c. No. V. Statut in Appellationssachen von 1553. Mylius l. c. No. VI. Rudolphs II. Bestätigung bei Mylius l. c. VI. 1. No. 38.

12) Hymmen a. a. O. II. 251. Mylius l. c. II. 1. No. 12.

Digitized by Google

Wegen seines, wie sich weiterhin ergeben wird, bedeutsamen Einflusses auf die Strafrechtspflege ist endlich noch der Schöppenstuhl von Brandenburg zu erwähnen. In der Mark wie im übrigen Deutschland bildete das Gericht der Städte, welche ihr Recht auf andere übertragen hatten, den Oberhof für letztere, und so werden, der von diesen Städten ausgehenden Verbreitung des Rechtes entsprechend, die Gerichte von Brandenburg, Stendal, Salzwedel, Berlin, Straußberg, Wittstock, Pritzwalk, Preuzlau und Soldin als solche Oberhöfe oder Schöppenstühle bezeichnet [13]).

Vor allen übrigen zeichnete sich aber nicht bloß von jeher der Schöppenstuhl von Brandenburg durch das hohe Ansehen, in welchem er stand, aus, wie sich dies aus der geschichtlichen Bedeutung dieser Stadt für die Entstehung und Entwickelung der Mark überhaupt leicht erklärt, sondern er wird sogar schon 1315 durch ein landesherrliches Privilegium als derjenige bezeichnet, bei welchem alle Städte der Mark ihr Recht suchen sollen [14]). Bemerkenswerth ist es, daß dieses Privilegium als Grund dieser Auszeichnung nicht bloß die Bedeutung der Stadt überhaupt, sondern auch den ihr verliehenen Königsbann bezeichnet. Damit stimmt es überein, wenn ein kaiserliches Privilegium von 1324 [15]) der Stadt Brandenburg, trotz ihrer Unterordnung unter die Herrschaft des Markgrafen, alle ihre Rechte und Freiheiten, nicht als von irgend einem geistlichen oder weltlichen Herrn, sondern unmittelbar vom Reiche herstammend, bestätigt. Wenn auch späterhin sich keine Spur einer eigenthümlichen Rechtsstellung Brandenburgs zum Reiche mehr findet, so erklärt es sich doch hieraus, wie man dem brandenburgischen Rechte und Schöppenstuhle eine gleichsam gemeinrechtliche Bedeutung für die Mark beilegen konnte. Im 15ten Jahrhundert scheint der brandenburgische bereits alle anderen Schöppenstühle verdrängt zu haben, und auch im 16ten Jahrhundert bewahrte er sich seine Stellung und wird

13) Kamptz über die ältern Stadtrechte der Mark Brandenburg in Mathis juristischer Monatsschrift Bd. 11. S. 53 flg. Hymmen a. a. O. I. S. 213 flg.
14) Gerken fragm. march. III. No. 15.
15) Gerken fragm. march. III. No. 26.

Digitized by Google

noch von der Joachimiſchen Conſtitution von Erbfällen von 1527 als ein „ſonderlicher gemeiner Richtſtuhl" bezeichnet.

Mit dieſer Reorganiſation der Gerichtsverfaſſung ſtand aber eine bedeutſame Umwandlung im Rechtszuſtande der Mark in Verbindung. Allerdings mußte eine planmäßige Geſtaltung des Gerichtsweſens, in Verbindung mit einem geordneten Inſtanzenzuge, beſonders geeignet ſein, die Schwierigkeiten fühlbar zu machen, welche aus der Mannigfaltigkeit, Verſchiedenheit und Unklarheit der Statutarrechte für die Handhabung der Rechtspflege erwuchſen, und damit das Bedürfniß nach einer gleichmäßigeren Geſtaltung des Rechtes wecken. Wenn man aber berückſichtigt, daß im Gegenſatze zum ſüdlichen das nördliche Deutſchland und namentlich auch die Mark noch im 15ten Jahrhundert mit Hartnäckigkeit am einheimiſchen Rechte und Verfahren feſthielt und es gegen die Angriffe der Geiſtlichkeit vertheidigte; daß, wie oben gezeigt wurde, bis zum Ausgange des 15ten Jahrhunderts das ſächſiſche Recht, insbeſondere auch Strafrecht und Strafprozeß, in voller ungeſchmälerter Wirkſamkeit war, ſo erſcheint es mehr als wahrſcheinlich, daß das römiſche Recht nur durch ein abſichtliches und planmäßiges Verfahren des Landesherrn im Beginn des 16ten Jahrhunderts und in verhältnißmäßig kurzer Zeit auch in der Mark zur Herrſchaft gelangen konnte. Daß dies die Anſchauung der Zeitgenoſſen war, beweiſen die an den Churfürſten Joachim gerichteten Worte eines Dichters [16]). Mochte die von Joachim vorgenommene Reformation der ſtädtiſchen Verfaſſungen und die dadurch gewonnene Einſicht in den ungenügenden Rechtszuſtand der Mark beigetragen haben, ihn im Intereſſe des Landes dazu zu beſtimmen, ſo waren es doch wohl überwiegend politiſche Rückſichten, welche ihn in ſeinem Verfahren leiteten. Theils konnte das Streben des Landesherrn nach allen Seiten hin die öffentliche Gewalt in ſeiner Hand zu ſammeln, durch nichts mehr gefördert werden, als wenn durch einen, unter landesherrlicher Autorität hergeſtellten gleichartigen Rechts-

16) Marchia Caesareis te legibus auspice gaudens
Sustulit e patrio barbara iura foro!
Raumer in Ledeburs Archiv V. S. 317.

Digitized by Google

zustand die rechtlichen Unterschiede der Stände und Corporationen des Landes mehr und mehr ausgeglichen, und durch die Gerichtsverfassung dem Landesherrn ein bestimmender Einfluß auf alle Gerichte des Landes gesichert wurde, theils darf auch der Einfluß, welchen das römische Recht und die mit ihm verbreitete Anschauung des antiken Staatswesens unmittelbar auf die politische Entwickelung jener Zeit und namentlich auf die Kräftigung der fürstlichen Gewalt ausübte, nicht zu gering angeschlagen werden. Der Weg selbst, den Churfürst Joachim einschlug, um dem römischen Rechte seine volle Wirksamkeit auch in der Mark zu verschaffen, läßt die Planmäßigkeit nicht verkennen. Der erste Schritt war die Gründung der Universität Frankfurt im Jahre 1506, durch welche die Kenntniß des römischen Rechtes im Lande verbreitet und eine genügende Zahl rechtsgelehrter Richter gewonnen werden sollte. Nachdem 1511 der Beschluß des Augsburger Reichstages von 1500 in Betreff des den Enkeln zu gewährenden Repräsentationsrechtes, mit Beseitigung der entgegen stehenden statutarrechtlichen Bestimmungen, welche als „der Rechte und Billigkeit widerwärtig und ungemäß" bezeichnet werden, publicirt war, wurde 1516 das Kammergericht errichtet. War zwar die Ordnung desselben nicht zugleich von einer neuen Prozeßgesetzgebung begleitet, so beruht sie doch augenscheinlich durchweg auf der Voraussetzung, daß das Gericht nach den Grundsätzen des gemeinen, auf römisch canonischem Rechte beruhenden, Prozesses zu verfahren habe. Zugleich aber verfügt die Kammergerichtsordnung, daß zur Beseitigung der im Lande befundenen „vielfaltigen Rechtsunordnung und Mängel" im Kammergerichte wie im ganzen Lande das „gemeine Kaiserliche Recht gehalten und darnach gesprochen werden soll". Es versteht sich von selbst, daß die Absicht nicht die sein konnte, durch einen Akt der Landesgesetzgebung, mit Beseitigung des einheimischen Rechtes, das römische einzuführen und zur ausschließlichen Geltung zu bringen; denn einerseits bedurfte nach der Ansicht jener Zeit das römische Recht, als gemeines kaiserliches, zu seiner Verbindlichkeit für alle Theile des Reiches nicht erst der Reception durch die Landesgesetzgebung, die vielmehr nur die Aufgabe hatte, die nö-

Digitized by Google

thigen Anordnungen zu treffen, um es in die Praxis einzuführen, und andererseits sollte auch „das sächsische Recht und die Gewohnheit" nicht unbedingt, sondern nur in so weit es „Recht und Billigkeit widerwärtig und ungemeß abgethan und vernichtiget" sein [17]). Nur für das Erbrecht wurde das römische Recht durch die Joachimische Constitution von 1527, abgesehen von einzelnen Abweichungen, zu einem unbedingt anwendbaren gemeinen Rechte erhoben, während auch in dieser Constitution, wie in den Landtagsabschieden von 1534, 1535, 1538 und 1539, ausdrücklich der mit Einwilligung der Landstände erfolgten Aufnahme des „Kaiser Rechts" als der subsidiarisch in allen Rechtsverhältnissen anwendbaren Norm gedacht wird [18]). Um aber der praktischen Anwendung des römischen Rechtes einen festen Stützpunkt zu geben, waren, wie der den Städten ertheilte Revers von 1504 beweist [19]), alle Gerichte des Landes angewiesen worden, sich in allen gemeinrechtlichen Fragen durch den Schöppenstuhl zu Brandenburg Rechtsbelehrungen ertheilen zu lassen.

Daß diese höchst bedeutsame Umgestaltung des gesammten Rechtszustandes der Mark Brandenburg nicht ohne Einfluß auf die strafrechtlichen Zustände sein konnte, und namentlich sehr geeignet war, der Carolina und ihrer praktischen Anwendung den Weg zu bahnen, würde sich auch ohne nähere Beweise vermuthen lassen. Sehr interessante Aufschlüsse geben aber in dieser Beziehung die noch vorhandenen Strafurtheile des brandenburgischen Schöppenstuhles, die nebst vielen anderen von diesem herrührenden Dokumenten, in der Bibliothek des Königlichen Kreisgerichtes zu Brandenburg aufbewahrt werden. Nur vier Ur-

17) Wenn Rammer in Ledeburs Archiv a. a. O. den Beweis führen will, daß es sich in der K. G. O. nur um eine dem römischen Rechte entsprechende Gestaltung der Erbfolge, nicht um eine vollständige Anerkennung der Verbindlichkeit des römischen Rechtes gehandelt habe, so übersieht er, daß hier, wie in späteren Gesetzen und Landtagsreversen, die Aenderung des Erbrechtes immer nur als eine nothwendige Folge der allgemeinen Verbindlichkeit des römischen Rechtes dargestellt wird, und daß seine Einwendungen auf der falschen Voraussetzung beruhen, es würde eine vollständige Einführung des römischen Rechtes eine vollständige Beseitigung des einheimischen erfordert haben. Vgl. Göze das Provinzialrecht der Altmark II. S. 6. Heydemann die Joach. Constit. S. 14.

18) Mylius l. c. VI. 1. No. 16. 18. 20. 21.

19) Mylius VI. Anhang zum 1sten Register.

Digitized by Google

kunden gehören noch dem 15ten Jahrhundert an, von denen die älteste, vom Jahre 1430, eine Bitte um Rechtsbelehrung des Bürgermeisters und der Rathmannen von Nauen ist. Die Strafurtheile beginnen erst mit dem Jahre 1529, und es mögen hier zuvörderst einige aus der Zeit vor der Carolina ganz oder auszugsweise ihre Stelle finden.

1. Auf Anfrage von Bürgermeister und Rath zu Spandow ergeht 1529 folgendes Urtheil:

Uf ewer zugeschigkte rechtsfrage doryunen yhr begeret euch des rechten zu beleren, wie yhr euch kegen ewer burgerynnen der Scheuffelschen die bei euch uff bekanntnis Catherine Morthans yren eignen man scholl vergeben haben, halten sollet, Sprechen wir vor recht weil gedachte Chaterine Morthans Bekennung des rechten auch unwidderufflich worthen, auch darauff gestorben, vor dem gerichte und der ganzen welt erbracht, und die Scheuffelschen zu der guthe nicht bekennen will, magk sy der halben zu ergundigung der wahrheit peinlich mit der scherffe verhort werden billig und recht.

2. Auf Anfrage von „Hans Kolbe Amptschreiber auff dem Schlos Spandow 1529" ergeht folgendes Urtheil:

Uf ewer zugeschigkte rechtsfrage doryn vermerkt daz Zwey auf dem Spandowschen Kytz wohnhaftige in khurf. gehegten heyden einen eychbawm abgehawen, heimplich entfürt und uf ihr hof gelegt, sprechen wir vor recht, Weyl die thetter sollichs nicht lugknen können und die that vorhanden, sollich that auch In khurf. gehegten heyden geschene sie darumb gehenget und also gestraft werden, es wär dan daz unser gnädig herr die theter in gnädiglicher geltstraf und buß wollt kommen lassen billig und von rechts wegen.

3. Auf Anfrage von „Burgemeister und Rath Beider Stätte Berlin und Coln" von 1529, nebst beigelegter „peinlich Verhorung Peter Frankens" so wie Aussage „uff fürgehaltene Inquisition und Fragestucken" ergeht folgendes Urtheil:

Uf ewer zugeschigkte rechtsfrage dorinn vermeldt wie Ihr einen peter Franke genanth gefenglich enthalten, der dann etliche rechenpfennige bey den pawren uff den dorffern Lawt syner Be-

Digitized by Google

kanntnuß vor gulden ausgegeben ſcholl haben, ſprechen wir vor recht· weil ihr denſelben befunden das er hinderliſtig und mit Falsheit der muntz menniglichen betrogen, Szol er derwegen mit fewr verbernt und alſo gerichtet werden billig und von rechts wegen. Es wehr dan das yhr Ihn aus gunſt zur geldtſtraff wollet kommen laſſen.

4. Einem Verhörungsprotokolle ohne Ortsangabe, Datum und Unterſchrift, iſt folgendes Urtheil beigefügt:

Uff ewer zugeſchigkte rechtsfrage darynne vermeldt was ein weibsperſon Sanna Boltzken in ewren Ampte antroffen die beruchtigt das ſie Ire Frucht in Zeit der geburt ſcholl umgebracht haben, darawff ſy dann gutlich und peinlich lawt Irer urgicht und bekanntnus verhort worden, ſprechen wir vor recht, dieweil dan aws derſelben urgicht und bekanntnus befunden das ſy ein lebendig glidmäßig kindlein heimlich getragen und geboren hatt, und ohne hülffe ander weiber die ſie billig darzu ſollt gefordert haben, welche unhülffliche geburt mit radtlicher vordechtlichkeit geſchehen iſt So iſt deshalb kein glaubliche urſach dann das die mutter durch boßhaftigen fürſatz vermeint mit todten des unſchuldigen kindleins darahn ſy vor in aber nach der gebort argwohnigk geworden, Ihr geübte leichtfertigkeit verborgen zu halten, darum uff gedachte Irer angemaſten unbewyſten entſchuldigung beſtehen wolt Szol man ſy uff obgemeldter genugſam anzeigung und verdacht beſtimptes unchriſtlichen und unmenſchlichen übels und mordts halben befunden, mit peinlicher ernſtlicher Frag zu Bekendnus der wahrheit zwingen billig und von rechts wegen. 1530.

5. Auf Anfrage von Max von Oppin Hauptmann im Lande zu Ruppin von 1530 wird folgendes Urtheil erlaſſen:

Uff ewer zugeſchigkte rechtsfrage doryn angezeigt wie daz weib ſo ir gefengklich bisher verhalten ſchwanger geweſt, das kindt heymlich getragen bis zur Zeit der gepurt, dornach das kindlin geporen und vor forcht yrer ſchweſter daſſelb kindlin in yre laden gelegt vom Donnerstag an bis uff den Sontag daſelbſt gelegen, mit weyter vermeldung .... Sprechen wir vor recht diweyl obgemelte gefangen fraw on hilff andrer wey-

Digitized by Google

ber vorborgen gebird hatt, welche unhülffliche gepurt mit todtlich ferlichkeit geſchen muß, So iſt keyne glaubliche urſache, dan das dieſelbige Mutter durch boshafftigen Fürſatz vermeynt myt todyng des unſchuldigen kindleyns, daran ſie vor in odder nach der gepurt ſchuldig wirth, ir geübt leychtfertigkeit verborgen zu halten, darumb iſt ſolchen Mord wegen uff gedachte ire angemaſte unbeweyſte entſchuldigung, ſo genugſam antzeigung davon nicht geſchehen, nicht zu geleyben, ſondern ſol vor ſolchen gethanen unfleys und urſach deſſelbigen todes, vom leben zum tode mit dem fewr gerichtet verbrennt und geſtrafft werden billig und von rechts wegen.

6. Im Jahre 1530 wurde ein längerer Schriftwechſel, deſſen Ergebniß nicht zu erſehen iſt, veranlaßt durch eine Anfrage von Bürgermeiſter und Rathmannen der Stadt Cremmen in Betreff des Todtſchlages einer Frau, welchen die Freundſchaft des Thäters durch eine der Freundſchaft der Getödteten gezahlte Geldſumme, mit Einwilligung des Gerichtsherrn Lippoldt von Bredow, geſühnt hatte, wogegen die Brüder und Vettern von Bredow auf Grund der ihnen gemeinſchaftlich zuſtehenden Gerichtsherrlichkeit dieſe Sühnung nicht anerkennen und die Loslaſſung des gefangenen Thäters verweigern.

7. Im Jahre 1531 richten Bürgermeiſter und Rathmannen von Delitz eine Anfrage an den Schöppenſtuhl wegen eines Mannes, der drei Frauen zur Ehe genommen hat und fügen ſchließlich hinzu:

Uff das wir einen ſollchen umb ſeyne that, wie vorhin nith vyl gehort laſſen ſtrafen . . . bitten dan wir evr W. mit fleyß der weylen ſullichs von got verbotten und vor die Welt nith yn gebrauch odder gewonheyt, uns evr keyſer Recht odder ſunſt was vor recht bey euch ſey, und uns darauß ein Orthel fellen und mit zeugen ſchicken.

Das Urtheil lautet:

Uff evr zugeſchigkte rechtsfrage einen mitburger betreffend der drey weiber zur Ehe ſcholl genommen haben, ſprechen wir vor recht weyl er kegen Gott und die heiligen Chriſtlichen kir-

Digitized by Google

chen gehandelt soll er umb begangner mißthat mit dem Schwerde verheubtet und verrichtet werden billig und von rechts wegen.

8. Auf eine Anfrage aus Cöln, ohne Unterschrift, ergeht 1531 folgendes Urtheil:

Uff ewr zugeschigkte rechtsfrage ein diebstal belangend mit eingeschickter Hans Mollers als des thetters Confession und auch des rechten darüber zu bekennen gebeten, Sprechen wir zu recht So Hans Moller uff seyn urgicht und peinlich Bekenntnus daz er Georgen Martzan wohnhafftig zu Dale in seynen Speicher gestiegen und aus seynem kasten und verhaltnus lr Märgkisch schogk ungeverlich mehr oder winiger dieblich verfremdet und genommen hatt offentlich bekenntlich wesen und solchs darnach widderruffen, So soll er derwegen mith genugsamen umbstandt und Circumstantz umb die Wahrheit disselbigen Diebstals peinlich nochmals verhoret und befragt werden, und so er desselbigen recht gestendig und nachfolgig vor gericht daruff bestehen wirt, So hatt er derwegen sein leben verwirgkt und soll am Galgen gehengkt und vom leben zum tode also gestraft werden billig und von rechts wegen.

9. Auf Anfrage von Max von Oppin, Hauptmann im Lande zu Ruppin, wird 1532 ein Kirchendieb, weil er die Monstranze gestohlen hat, zum Feuertode verurtheilt.

10. Ein Schaafdiebstahl wird 1532 mit Hängen bestraft. Da aber der Dieb zugleich Blutschande begangen hat und „sich zu solcher begangen Ketzerei bekennt soll er mit fewer verbrennt und deswegen die vorig Straff aufgehoben werden."

Die mitgetheilten Schöppensprüche geben den unwiderleglichen Beweis, daß schon vor der Carolina die Bambergensis in der Mark Eingang gefunden, denn in fast allen jenen Urtheilen ist das Strafverfahren und das Strafrecht derselben wieder zu erkennen. Es möchte diese Erscheinung an sich allerdings daraus zu erklären sein, daß die durch die Bambergensis bewirkte Umgestaltung des Strafrechtes und Strafverfahrens keine völlig plötzliche, sondern bereits vorbereitete war, daß für die eigenthümlichen Grundsätze der Bambergensis sich bereits früher die Anknüpfungspunkte vorfanden, und daß sie demnach, auch ohne

Digitized by Google

unmittelbare Benutzung der Bambergensis, ihren Weg nach der Mark gefunden haben könnten. Aber es erscheint eine solche Erklärung gerade in Betreff der Mark sehr unwahrscheinlich, vermöge des Umstandes, daß man hier noch bis zum Ausgange des 15ten Jahrhunderts so fest an dem gegebenen Rechtszustande gehalten, und sich der im südwestlichen Deutschland schneller fortschreitenden Umbildung des Strafrechtes und Verfahrens widersetzt hatte. Sie wird aber zugleich durch die vorstehenden Urtheilssprüche völlig widerlegt, indem diese einzelne Stellen der Bambergensis wörtlich in sich aufgenommen haben. Daß die brandenburger Schöffen bei dem Urtheile No. 1 den Art. 32, bei den Urtheilen No. 4 und 5 den Art. 156 der Bambergensis vor Augen gehabt haben, bedarf keiner Erörterung [20]).

Daß die Bambergensis, das Strafgesetzbuch eines deutschen Territoriums, an welchem die Reichsgesetzgebung nicht den mindesten Antheil hatte, ohne ausdrückliche Reception in der Mark Aufnahme fand, erklärt sich sehr natürlich dadurch, daß man sie als eine Aufzeichnung des gemeinen Rechtes betrachtete, als welche sie ja durch die mainzer Ausgaben ausdrücklich empfohlen wurde, und daß man sie benutzte, seitdem die strenge Beachtung des gemeinen Rechtes ausdrücklich befohlen worden war. Wenn wir aber allerdings zwar bei dem brandenburgischen Schöppenstuhle die Bambergensis in voller praktischer Anwendung finden, so läßt es sich wohl leicht denken, daß ihre Kenntniß nicht in gleichem Maße sofort auch in den städtischen und grundherrlichen Gerichten verbreitet war, und auch dafür geben die mitgetheilten Schöppensprüche den Beweis. Während man in Berlin das Inquisitionsverfahren schon zu handhaben versteht, läßt man in Cremmen noch die peinliche Strafe durch die Sühne des Todtschlägers mit der Familie des Getödteten ausschließen, und

---

20) Beiläufig möge in Bezug auf Schletters Schrift zur Textkritik der Carolina Leipzig 1854, und seine Erklärung des Ausdruckes „tödtlicher verdechtlicheyt" in art. 131 der Carolina bemerkt werden, daß die Umbildung von „verdlichkeit" in „verdechtlicheyt" nach dem Urtheile No. 4, welches ebenfalls den letzteren Ausdruck hat, nicht dem Concipienten des Projects der Carolina, sondern einer älteren Ausgabe der Bambergensis zuzuschreiben sein wird.

Digitized by Google

weiß man in Delitz noch nicht einmal, ob nach Kaiserrecht oder welchem Rechte sonst zu richten sei.

Diese Aufnahme der Bambergensis läßt zugleich vermuthen, was spätere Schöppensprüche für die Aufnahme der Carolina genügend beweisen [21]). Zu diesem Zwecke mögen die nachstehend mitgetheilten Schöppensprüche dienen.

1. Auf Anfrage von Bürgermeister und Rathmannen von Berlin wird 1535 folgendes Urtheil erlassen:

Uf ever zugeschickete Rechtsfrage . . . Sprechen wir zu Belehrung des Rechts, Wiewol Melchier Bödicher darneben Caspar Merßeburger und auch Asmus Schmid genugsam ursach befunden werden, daz sie Irer begangenen gewalt als fridbrecher mechten mit der scherf gestraft werden, Dieweil aber die geschriebene Kayser Rechte die scherf der peen zu lindern und kein großer schade nachtheil oder mort erwachsen, so sollen sie In sampt und In sonderheit vor begangene gewalt den gerichten und den parten genugsam abtragk zu thun verpflicht sein mit widderstattung der zugefügten schaden und also pena extraordinaria mit einer wüllkürlichen buß gebußt und gestraft werden V. R. W.

2. Auf Anfrage von Berlin von 1535 wird ein Raubmörder wegen des Mordes zum Rädern verurtheilt, worauf dann der Leichnam wegen des Diebstahls gehenkt werden soll.

3. Auf Anfrage von Bernau von 1535 wird folgendes Urtheil erlassen:

. . . Dieweil derselbe Jost so in der frage vermeldet bey nacht schlafender Zeit gewaltyglich zu einer unberuchtigten alten frawen 80 Jahr alt eingebrochen und sie willens zu benotzuchtigen laut seiner bekanntnus, derhalb wo er sich zu solich tadt offentlich vor gericht bekennen wurde, so hat er damit sein leben verwirkt und soll mit dem schwerte vom leben zum tode verricht und gestrafft werden.

4. Auf Anfrage des Hauptmanns von Spandau wird 1535 folgendes Urtheil gefällt:

21) Wenn Temme Lehrbuch des preuß. Strafrechts S. 31 längst abgethane Dinge: von Abneigung der Gelehrten und Gerichte gegen die Carolina, Protestation des Churfürsten gegen sie, u. s. w. wiederholt, so wird durch das Folgende, wenigstens in Betreff der Mark, die Streitfrage wohl erledigt sein.

Digitized by Google

. . . Sprechen wir zu rechte, weil er uf den Diepstal gefenglich angenommen und sich des Diepstals Inhalts der urgicht bekannt, so er auch vor gericht offentlich darbey verharren wirt, und so der Diepstal V Gulden würdigk, ist er derhalb mit dem Galgen vom Leben zum Tode zu strafen, und wird damit die ander straf von wegen der Bedrawung ufgehoben.

5. Bürgermeister und Rathmannen von Prenzlow wenden sich 1535 an den brandenburgischen Schöppenstuhl, weil sie „ausgegangene seiner Ch. F. G. Gerichtes Ordnunge Belerunge Brandinborgisch Rechtes an Ewer ersamen Weißheit zu holen gewiset" und bitten demnach, „daß Ew. ersamen Weißheit orttel nach Inhalt Brandinborgsch Rechtens wollet mit deilen." Hierauf ergeht folgendes Urtheil:

. . . Darauff Sprechen wir auch zur belerung des rechten, wie wol nach alten hergebrachten Brandenburgschen rechten gehalten, das wan einer zwe weiber zur ehe nympt mit zwen poppen aus der Stadt gegeiselt und gestupen worden, in welche pene dieser Hans Prutze och gefallen, dieweile aber sich Hans Prutze im . . . .[22]) mit dem meydelin uffgericht eine eigne wilkore aufgesatzt, So Im ein eheweib folgen werde, So solle man Im den Kopf mit einer delen abstoßen, So ist he derhalben in die pene seiner wilkore gefallen und solde dermaßen vom leben zum tot gestraft werden, Aber aus Gnaden mach ehr mit dem Swerde zum totte gericht werden.

6. In einem Urtheile von 1536 heißt es:

. . . Sprechen wir zu einer belehrung des Rechts Wenn angezeigter Diebstal fünf Gulden übertrete und Michel Wendel sich darzu freiwillig vor Gericht bekennen und verharren würde soll er umb begangnen Diebstahl zwischen Hymmel und Erden am Galgen gehangen also vom leben zum tode verricht werden.

7. Auf Anfrage aus Stendal wird 1536 ein Kirchendieb, welcher die Monstranze gestohlen hat, zum Rade, sein Gehilfe der „die wart gehalten" dazu verurtheilt, lebendig unter dem Galgen begraben zu werden.

22) Hier stehen zwei unleserliche Wörter, mit denen augenscheinlich ein Ehevertrag bezeichnet worden sollte.

Digitized by Google

8. In einem Urtheile von 1537 heißt es:

. . . Sprechen wir zu einer belehrung des Rechts, das der überthreter seines Ehestandes über einmal betriglicher weise im Leben der andern zwei Eeweiber die dritte sich ehelich vortrauen hat lassen, welches Laster mehr als ein Eebruch ist zu achten, derhalben soll ehr mit dem schwerde vom leben zum tode vorricht und gestraft werden.

Aus demselben Jahre finden sich noch zwei andere gleichlautende Urtheile vor.

9. In einem Urtheile von 1538 heißt es:

. . . Sprechen wir zu einer Belehrung des Rechts, so sich derselbe zu obberurter Bezüchtigung der zweyer Eeweiber offenlich bekennen und daruf beruhen würd, oder die Sache sonst offenbar und beweißlich soll er der halben mit Ruten offenbarlich an pranger gesteupt und in iglichem Arm ein puppen zum bezeugnus angezeigter Missethat gegeben und also aus der Statt ausgestewpt und des Landes uff ein gewonlich urfeid vorweißt werden.

10. Im Jahre 1540 waren „Hans und Kersten die Belline Gefettern" in Neu-Ruppin wegen Todtschlags angeklagt worden. Sie hätten sich der Verhaftung entzogen und bitten Richter und Schöffen von Neu-Ruppin schriftlich, gegen die Anklage den Beweis der Nothwehr durch einen Procurator ausführen zu dürfen. Für die Zulässigkeit des Procurators berufen sie sich auf „das geschriebene kayserrecht" und insbesondere auf l. 33 § 2 D. de procurat. III, 3. auf Bartolus und Joh. Andreä, während eine Bezugnahme auf die Carolina sich nicht findet. In Folge dessen fragen Richter und Schöffen bei dem Schöppenstuhle in Brandenburg an: ob ein Procurator zulässig sei, ob der Beweis der Nothwehr der dritten Klage und der ihr folgenden Verfestung vorgehe, und wie viele Zeugen zum Beweise der Nothwehr erforderlich seien. Hierauf giebt der Schöppenstuhl folgenden Bescheid:

Uf ewer rechtsfrage . . . Sprechen wir zu einer Belehrung des rechts, daß die Volmacht zu rechte ditsfals wol stadt hat, und mogen die Anwalden und procuratores in dieser peinlichen

Digitized by Google

ſachen billich gehort und zugelaſſen werden, und ergehet die beweyſung und exception vor der dritten klage, aber berurte beweyſung kann und magk nicht weiter als mit denen ſo hirpey geweſt und hirvun wiſſen tragen ausgefürt werden.

In einer ziemlich umfangreichen Schrift ſuchen ſodann die Beklagten den Beweis der Nothwehr zu führen, aber lediglich auf die Quellen des römiſchen Rechts und Bartolus geſtützt, ohne irgend wo der Carolina zu gedenken. In der Gegenſchrift der Kläger heißt es:

Darauff ſehe man Nun Erſtlich ahn was ein Rechte nothwehr ſey, Und ſolchs wirth durch keyſerliche Majt. In des Römiſchen Reichs peinlichen gerichtsordnung ſo dieſer lande angenommen und darnach zu richten befolen, offentlich erklärt.

11. Der Rath von Ruppin fragt im Jahre 1547 an, wie es zu halten ſei, wenn Solche, die ſich vom Verdachte eines Mordes durch Reinigungseid befreien ſollen, keine Eidhelfer zu finden vermögen. Die Antwort lautet:

... So ſeindt ſie zur entleſtigung ſoliches mordts mit Irem cörperlichen eyde dergeſtalt das ſie zu ſolichem mordt Irer ſelbſt handt nicht angelegt auch nicht geſehen wer ſolichs gethan noch radt oder tadt darzu gegeben haben ein jeder ſich zu purgiren ſchuldigk und werden mit den mehrern Compurgatoren billich verſchonet.

12. Auf eine Anfrage von Brietzen ergeht 1547 eine Antwort, in der es unter Anderem heißt:

Wir befinden aber das ſich der gefangene zu einer unzucht, da doch vorhin und in negſter urgicht nichts davon gemeldet, thut bekennen, daraus wir nicht anders verſtehen kunnen, dann das ſolichs von Ime Extorquirt, welches ſich doch zu rechte nicht geburet hatte, und ſolt alleine uf die tadt der gegoſſenen thaler befragt ſein worden.

13. George Brunow, Bürger zu Stendal, fragt 1547 an, wegen des zu beobachtenden Verfahrens bei dem Ziehen aus der Acht, und ſagt hierbei unter Anderem:

... Und bin willens und erbittens geweſen vermuge des peinlichen Sechſiſchem proceſſ mich nochmals zu zweyen gerichten

Digitized by Google

einzustellen. . . Dieweil aber unser gnedigster Herr das Sechsische Recht in seinem Churfürstenthum abgethan und ich mich aus der acht gewirket u. s. w.

Das Angeführte wird genügen, um zu zeigen, daß die prozessualischen und strafrechtlichen Grundsätze der Carolina sofort nach deren Erscheinen in der Mark volle praktische Geltung erlangten. Allerdings wird die Carolina eben so wenig, wie früherhin die Bambergensis, in irgend einem Urtheile namentlich angeführt, und wenn sich zwar schon 1535 der brandenburgische Schöppenstuhl in dem Urtheile No. 1 auf das geschriebene Kaiser-Recht beruft, ist damit dort augenscheinlich das römische Recht und nicht die Carolina gemeint. Immerhin aber ergiebt sich daraus die Bereitwilligkeit, mit welcher man die gemeinrechtlichen Quellen aufnahm, und wenn man bereits die Bambergensis als eine solche ansah und in der Praxis benutzte, um wie viel weniger war ein Grund vorhanden, der Carolina nicht die gleiche Anwendung zu Theil werden zu lassen. Der Gebrauch der Carolina selbst giebt sich in den unter No. 8 angeführten Urtheilssprüchen durch die Worte „welches Laster mehr als ein Ehebruch ist zu achten", und die verhängte Strafe zu erkennen, da bekanntlich die Carolina in beiden Beziehungen von dem entsprechenden Art. 126 der Bambergensis abweicht. Die unter No. 10 angeführte Replik der Kläger gedenkt endlich ausdrücklich eines landesherrlichen Befehles, durch welchen die Befolgung der Carolina angeordnet worden sei, was seine Bestätigung durch den schon erwähnten, den Städten ertheilten churfürstlichen Revers von 1540 findet [23]), indem dieser den brandenburgischen Schöppenstuhl anweist, in peinlichen Sachen nicht „nach alten Gebrauch, der dunkel und unverständig auch zum Theil den Rechten ungemäß", sondern „nach Kayser Recht und des Heiligen Reichs aufgerichteten Halßgerichts-Ordnung" zu verfahren und zu urtheilen. Ob ein derartiger Befehl nicht bereits früher ergangen war, und hier nur wiederholt wird, ergiebt sich nicht,

23) Mylius VI. Anhang zum 1sten Register.

jedenfalls aber bestätigt er nur das, was bereits längst geschehen war.

Daß gleichwohl noch für lange Zeit mancherlei Mißbräuche und Abweichungen von den Grundsätzen der Carolina vorkamen, kann um so weniger geleugnet werden, als die mitgetheilten Aktenstücke dafür interessante Beläge geben. Der brandenburgische Schöppenstuhl selbst ist von Ungeschick, wovon im Urtheile No. 2 die Cumulation zweier Todesstrafen den Beweis giebt, so wie von Schwankungen nicht frei zu sprechen. Interessant ist in letzterer Beziehung eine Vergleichung der Urtheile No. 5. 8. und 9. Auf Anfrage des Rathes von Prenzlow, welcher den Befehl des Churfürsten, sich vom brandenburgischen Schöppenstuhl Rechtsbelehrungen zu erbitten, dahin mißverstanden hat, daß nicht nach gemeinem, sondern nach brandenburgischem Rechte gerichtet werden solle, wird zuerst die alt herkömmliche Strafe der Bigamie mitgetheilt, schließlich aber die der Carolina angeordnet. Die gleiche Strafe wird im folgenden Jahre in drei Fällen ausgesprochen. Dennoch kehrt man im Jahre 1538 zu der alt herkömmlichen Strafe zurück, wobei augenscheinlich der Art. 126 der Bambergensis zur Grundlage diente, indem man zweifelhaft sein mochte, ob im Falle des Widerspruchs die Carolina oder die gleichfalls als gemeinrechtliche Quelle betrachtete Bambergensis den Vorzug verdiene. Noch viel weniger ist es zu verwundern, wenn im Volke und bei den niederen Gerichten noch überall Unkenntniß oder Mißverständniß der Carolina hervortritt, und der Schöppenstuhl deshalb veranlaßt ist, wie in dem Urtheile No. 12, Mißbräuche zu rügen, oder, wie in den Urtheilen No. 10 und 11, noch nicht getilgte Ueberreste des alten Strafverfahrens zu beseitigen. In keiner Weise aber können solche Erscheinungen dazu dienen, ein angebliches Widerstreben gegen die Aufnahme der Carolina beweisen zu wollen.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Die Entwickelung des deutſchen und des brandenburgiſch-preußiſchen Strafrechtes im 16ten, 17ten und Anfange des 18ten Jahrhunderts.

§. 11.

Die Landesgeſetzgebung, insbeſondere die brandenburgiſche, im 16ten Jahrhundert.

Daß die Carolina bald nach ihrem Erſcheinen wie in der Mark Brandenburg, ſo überall in Deutſchland als eine, der beſonderen Reception oder landesherrlichen Publikation nicht bedürfende, Quelle des gemeinen Strafrechtes betrachtet wurde, daß ſie in verhältnißmäßig kurzer Zeit in die Praxis der Gerichte überging, und daß, wo dies nicht der Fall war, nicht ſowohl eine entgegen ſtehende Rechtsanſicht als vielmehr die, der ſchnellen Verbreitung eines Geſetzbuches entgegen ſtehenden, mangelhaften Communicationsmittel und Unkenntniß der Richter, der Grund davon waren, wird heute eines Beweiſes nicht mehr bedürfen [1]). Man würde aber die Bedeutung der Carolina viel zu niedrig anſchlagen, wenn man erwarten wollte, daß das nächſte Jahrhundert nach der Carolina im Stande geweſen wäre, im Wege der Partikulargeſetzgebung einen irgend bedeutſamen Fortſchritt auf dem Gebiete des Strafrechtes zu machen. Dennoch war in dieſer Zeit die Partikulargeſetzgebung auch für das Strafrecht thätiger als je, und hierzu lag der Anlaß zunächſt darin, daß die befeſtigte landesherrliche Gewalt, die ſtrenger gehandhabte Criminalpolizei und das geordnete Gerichtsweſen, das Intereſſe an einer tieferen und feineren Durchbildung des Strafrechtes geſtei-

1) Die entgegen ſtehende Anſicht iſt genügend widerlegt durch Wächter: Ueber die Reception der Carolina etc. im Archiv des Crim.-R. 1837 und Gemeines Recht Deutſchlands S. 32 flg.

Digitized by Google

gert hatte. Wichtiger war aber der Anlaß, den hierzu die Carolina selbst gab. Einerseits war durch die salvatorische Clausel der Fortbestand des Partikularstrafrechtes, so weit es sich als wohl hergebracht, rechtmäßig und billig erwies, gesichert. Darin lag aber für die Partikulargesetzgebung die Aufforderung, die partikularrechtlichen Elemente an dem von der Carolina aufgestellten Maßstabe zu messen und das tauglich Befundene von neuem zu befestigen. Andererseits erweckte der Umstand, daß die Carolina kein umfassendes, alle anderen gemein- und partikularrechtlichen Quellen beseitigendes Gesetzbuch war, das Bedürfniß, sie in der von ihr selbst vorgezeichneten Richtung zu ergänzen und zu vervollständigen. Es geschah dies theils in der Art, daß innerhalb der von ihr gesteckten Grenzen das Partikularrecht fortgebildet wurde, theils in der Art, daß, wo die Carolina Lücken ließ, oder nur im allgemeinen auf das gemeine Recht verwies, die Partikulargesetzgebung selbst die näheren Bestimmungen den gemeinrechtlichen Quellen entnahm, um sie den Gerichten zur Belehrung mitzutheilen. Endlich aber entbehrten die polizeilichen Strafbestimmungen jeder gemeinrechtlichen Norm, und auch sie blieben nicht mehr allein der lokalen Gewohnheit überlassen, sondern wurden sehr vielfach zum Gegenstande der Landesgesetzgebung gemacht.

Die Landesgesetzgebung ist in der Mark Brandenburg im Laufe des 16ten Jahrhunderts für das Strafrecht nur von geringer Bedeutung. Einige strafrechtliche Bestimmungen der Landtagsrecesse von 1527 [2]) lassen augenscheinlich noch das Strafrecht des Sachsenspiegels erkennen. Neben einem wiederholten Verbote der Fehde wird nach den Grundsätzen des sächsischen Rechtes der Unterschied der peinlich zu strafenden und der durch Wergeld und Gewedde zu sühnenden Tödtung eingeschärft, und zwar namentlich in der Beziehung, daß diese Unterscheidung auch für die von Adligen begangenen Tödtungen maßgebend sein solle [3]). Der

2) Mylius VI. Abth. 1. No. 13. 14.

3) Es ist von hier an und für alles Weitere zu vergleichen Abeggs Versuch einer Geschichte der Strafgesetzgebung und des Strafrechts der Brandenburg.-Preußischen Lande, in Hitzigs Zeitschrift. Erster Supplementband 1836.

Digitized by Google

Grund hierzu lag offenbar darin, daß der Adel den Anspruch machte, nicht bloß die „ungefährliche" und in Nothwehr begangene, sondern auch die „freventliche" peinlich zu strafende Tödtung mit Wergeld und Gewedde sühnen zu dürfen [4]). Ferner wird für Mordbrenner die hergebrachte Strafe bestätigt und auf eine besondere Strafe für diejenigen „so Heyden muthwillig anzünden" verwiesen. Daß auch letztere als Mordbrenner bezeichnet werden, zeigt, daß man noch am Unterschiede des Sachsenspiegels zwischen Mordbrand und einfacher Brandstiftung festhielt, ein Unterschied, den die Carolina nicht kennt und dessen Bedeutung auch den sächsischen Juristen des 16ten und 17ten Jahrhunderts, obwohl sie ihn vielfach besprechen, verloren gegangen war.

Von geringem Interesse für das Strafrecht sind die Polizeiordnungen von 1515, 1537, 1540, 1562 und 1580 [5]), welche sich nicht durchweg streng auf ihr Gebiet beschränken, sondern auch in das des criminellen Unrechtes übergreifen, und ebenso die vielfachen, mehr polizeilichen als strafrechtlichen, Anordnungen gegen die Landstreicher, fremde Bettler, Landbeschädiger, Räuber und Zigeuner [6]).

Nachdem aber die Carolina allmälig in die Praxis der Gerichte übergegangen war, trat auch hier, wie in anderen Territorien, das Bedürfniß hervor, in der oben angedeuteten Weise durch einen umfassenderen Akt der Gesetzgebung ergänzend, erläuternd, bestätigend und fortbildend einzugreifen. Dennoch führten die hierauf gerichteteten, zwischen den Jahren 1577 und 1643 sich immer wiederholenden, landständischen Verhandlungen nur zu einigen, nicht publicirten Gesetzentwürfen, die, obwohl sie keine Gesetzeskraft erlangt haben, darum von großem Interesse sind, weil sie den strafrechtlichen Standpunkt der Zeit, die Auffassung

Abegg will die oben angeführte Unterscheidung mit der von der Carolina aufgestellten Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag in Verbindung bringen, während sie zu diesem in gar keiner Beziehung steht.

4) Noch im 17ten Jahrhundert erachten es die sächsischen Juristen für nöthig, bei den einzelnen Verbrechen zu untersuchen, ob die ordentliche Strafe auch auf Adelige anwendbar sei.

5) Mylius VI. Nachlese No. 1. VI. Abth. 1. No. 19. V. Abth. 1. No. 1. 6. 7.

6) Mylius V. Abth. 5. cap. 1.

Digitized by Google

des gemeinen Rechtes und seines Verhältnisses zum Partikularrechte, wie auch mittelbar den Zustand der Praxis kennen zu lehren geeignet sind. Es stehen dieselben aber in unmittelbarer Verbindung mit der Entwickelung der strafrechtlichen Doctrin jener Zeit, die, überhaupt in der Art ihrer Thätigkeit mit der Territorialgesetzgebung auf ganz gleicher Stufe stehend, in ihrem Einflusse auf die Praxis sehr bald diese weit überragt.

§. 12.

Die strafrechtliche Doctrin des 16ten Jahrhunderts in ihrem Verhältnisse zur Gesetzgebung und Praxis.

Was die Territorialgesetzgebung im 16ten und zum großen Theile auch noch im 17ten Jahrhundert selbständig und von den gemeinrechtlichen Quellen des Strafrechtes unabhängig hervorbringt, ist nicht nur höchst geringfügig und unbedeutend, sondern bezieht sich auch weniger auf das eigentliche Strafrecht, als vielmehr wie in der Mark, auf die Criminalpolizei und das bürgerlich zu strafende Unrecht. Was dagegen die Gesetzgebung irgend Bedeutsames für das Strafrecht selbst leistet, das geht viel weniger, und nur zum kleinsten Theile, aus dem Streben hervor, dem gemeinen Strafrecht, in Rücksicht auf irgend welche Eigenthümlichkeit des praktischen Bedürfnisses und des bisherigen Rechtszustandes, so weit es die Normen der Carolina zuließen, eine partikularrechtliche Gestalt zu geben, als vielmehr aus dem, durch die unzureichende juristische Bildung der Richter und Schöffen erzeugten Bedürfnisse einer vollständigen und umfassenden Codification des gemeinen Strafrechtes selbst, so daß die vorhandenen partikularrechtlichen Unterschiede zum größten Theile nur das unwillkürliche Ergebniß einer verschiedenartigen wissenschaftlichen Auffassung der gemeinrechtlichen Quellen sind. Die Gesetzgebung trägt darum in so fern einen überwiegend doctrinären Charakter an sich, als sie nicht Neues zu schaffen, sondern die bestehenden gemeinrechtlichen Grundsätze aus den verschiedenen Quellen des gemeinen Strafrechtes zu ermitteln, und in authentischer Weise festzustellen unternimmt. Umgekehrt gewinnt

Digitized by Google

die Doctrin den Charakter der Gesetzgebung dadurch, daß sie, in gleicher Richtung thätig, nicht darauf ausgeht, ein System strafrechtlicher Begriffe zu entwickeln, durch welche der Praktiker befähigt werden könnte, die Masse der positiven strafrechtlichen Bestimmungen zu beherrschen und für den praktischen Gebrauch flüssig zu machen, sondern darauf: einen vollständigen Codex des geltenden Rechtes aufzustellen. Was aber die Carolina aus dem älteren deutschen Strafrechte aufgenommen hatte, das hatte sie in klaren und bestimmten Satzungen ausgesprochen und nur in sehr wenigen Punkten gab sie Veranlassung, auf die Reichsgesetzgebung und die älteren Quellen des einheimischen Rechtes zurück zu gehen, während sie der umfassendsten Ergänzung aus den Quellen des römischen und canonischen Rechtes bedurfte. Abgesehen von allen sonstigen dazu veranlassenden Gründen, mußte schon, vermöge dieses Umstandes, die Doctrin des 16ten Jahrhunderts sich überwiegend an die Werke der italienischen Criminalisten, die das Gesuchte in reichem Maße darboten, anschließen. Von diesen äußern den bedeutsamsten Einfluß die gleichfalls dem 16ten Jahrhundert angehörenden Criminalisten: Hippolitus de Marsiliis, Julius Clarus, Decianus, weniger, vielleicht wegen des kaum zu bewältigenden Umfanges seiner Compilationen, Prosper Farinacius, und von den älteren besonders Angelus Aretinus und Albertus de Gandino.

Diesen Charakter zeigt sogleich das erste nach der Carolina in Deutschland erschienene System des Strafrechtes: Perneders, nach dem Tode des Verfassers, 1544 erschienene Halsgerichtsordnung [1]), bedeutsam jedenfalls durch ihren weit reichenden, wohl hauptsächlich über Süddeutschland sich erstreckenden, Einfluß auf die Praxis, so wie dadurch, daß sie bis in das 17te Jahrhundert die Grundlage der criminalistischen Litteratur blieb. Wenn unzweifelhaft der wissenschaftliche Werth dieses Werkes ein höchst untergeordneter ist, und wenn dem Verfasser augenscheinlich die Kraft zu höherer wissenschaftlicher Leistung gänzlich mangelte, so darf doch, um ihn, wie Alle, die ihm später folgten, richtig zu

1) Wächter Gem. R. S. 76.

beurtheilen, nicht übersehen werden, daß es gar nicht seine Absicht war, ein wissenschaftliches System zu liefern, sondern einen, leichter als die verschiedenen Quellen zu handhabenden, Codex des gemeinen Strafrechtes, wie dies auch die Vorreden des Herausgebers und Verlegers ausdrücklich besagen. Von Interesse ist es hierbei, zu beobachten, wie wenigstens die Absicht Pernederss darauf gerichtet ist, in der Benutzung der verschiedenen Quellen überall streng nach den von der Carolina aufgestellten Normen zu verfahren. Hiernach erscheint die Carolina selbst als die neueste Quelle des gemeinen Strafrechtes, deren Bestimmungen überall angeführt, aber, als an sich klar und verständlich und Allen leicht zugänglich, einer wissenschaftlichen Betrachtung gar nicht unterworfen werden. Nur in der Beziehung erfahren ihre Strafbestimmungen eine Ergänzung, daß sie, in freilich höchst ungeschickter Weise, mit Stellen der römischen Rechtsquellen und der früheren Reichsgesetze belegt werden, um sie dadurch als gemeinrechtliche zu rechtfertigen. Wo dagegen die Carolina, ohne eigene Strafbestimmungen aufzustellen, nur auf das gemeine Recht verweist, und bei allen Verbrechen, deren sie gar nicht gedenkt, wird sie aus den Quellen des römischen Rechtes, den libri Feudorum, der Bibel und dem canonischen Rechte ergänzt, und selbst hier findet keine Art wissenschaftlicher Untersuchung und eingehende Benutzung der älteren Litteratur statt, sondern es genügt, den aufgestellten Satz durch passende wie unpassende Citate aus jenen Quellen und einigen Werken der italienischen Juristen zu belegen. Endlich werden hin und wieder einige nicht bedeutsame Abweichungen des baierischen und tyroler Landesrechtes angeführt. Mit der angegebenen Tendenz des Pernederschen Werkes hing es, wenn auch sicher ohne bewußte Absicht des Verfassers, zusammen, daß es sich lediglich darauf beschränkt, für alle einzelnen Verbrechen und deren verschiedene Formen die entsprechenden Strafbestimmungen festzustellen, wogegen es den Versuch, auf dem Gebiete, auf welchem vor allem die Wissenschaft berufen gewesen wäre, der Gesetzgebung fördernd zur Seite zu stehen, nämlich auf dem der allgemeinen strafrechtlichen Lehren, irgend etwas Eigenthümliches zu leisten, gar nicht unternimmt.

Digitized by Google

Den gleichen Charakter tragen die Werke von Gobler, Rauchdorn, Dorneck und Sawr an sich, und dies um so mehr, als sie großentheils unmittelbar aus Perneder schöpfen. Wenn die lateinisch geschriebenen Werke von Vigel, Gilhausen und Harpprecht, von denen die beiden letzteren schon dem Anfange des 17ten Jahrhunderts angehören, zwar von Perneder unabhängig sind, so ist doch ihre Tendenz, über die sich besonders Vigel in seiner Vorrede ausführlich ausspricht, durchaus dieselbe, und auch bei den bescheidensten Ansprüchen wird man in ihnen kaum einen irgend bedeutsamen Fortschritt entdecken können[2]). Bemerkenswerth für die Anschauung der Zeit in Bezug auf das, was Doctrin und Territorialgesetzgebung zu leisten berufen seien, ist die Art, in der Vigel seine über das Strafrecht und in gleicher Tendenz über das Privatrecht sich erstreckenden Arbeiten den deutschen Fürsten eigentlich als compendiarisch gefaßte Gesetzbücher des gemeinen Rechtes empfiehlt, und daß er bei nicht wenigen Fürsten und Städten bereitwillige Unterstützung für seine Thätigkeit fand.

Ein, besonders auch für das Strafrecht und in seinen weiteren Folgen für ganz Deutschland bedeutsames, Beispiel dieses Verhältnisses und Zusammenwirkens von Doctrin und Gesetzgebung gab aber die Art der Entstehung der Landes-Constitutionen des Churfürsten August von Sachsen von 1572. Es gingen dieselben nämlich unmittelbar aus den, zum Zwecke der Landesgesetzgebung erforderten, Gutachten der leipziger und wittenberger Juristen-Fakultäten, gewöhnlich als die Consultationes Saxonicae bezeichnet, hervor[3]). Der Titel, unter welchem der 1ste

2) Das Lob, welches Wächter a. a. O. S. 88. besonders Vigel ertheilt, möchte doch wohl sehr zu beschränken sein. Außer dem, in eine sehr wenig wissenschaftliche Ordnung gebrachten, Texte der Carolina, enthält sein Werk fast nichts als einige dürre regulae und exceptiones, die nur abgekürzt den folgenden Satz der Carolina wiedergeben, und daneben einige Citate aus dem römischen Rechte und J. Clarus. Auch ist es nicht richtig, daß er in Cap. I—V. den allgemeinen Theil von der Erörterung der einzelnen Verbrechen gesondert habe, da jene Capitel vielmehr den Prozeß behandeln und die allgemeinen strafrechtlichen Lehren hier, wie in den späteren Capiteln, nur beiläufig berührt werden. Für die Praxis wenigstens war Perneder durch seine viel reichere Casuistik gewiß weit brauchbarer.

3) Ueber die Entstehung der Const. Sax. berichtet die Einleitung zu denselben das Nähere.

Digitized by Google

Theil dieſer Gutachten 1599 zuerſt erſchien, nämlich: Quaestionum variarum apud iuris utriusque interpretes controversarum decisiones et discussiones, ex iure caesareo, pontificio et saxonico ad praxin camerae accomodatae [4]), bezeichnet genugſam ihre Tendenz, um auch bei ihnen ſofort den allgemeinen Charakter der juriſtiſchen Doctrin jener Zeit wieder zu erkennen. Dagegen wird man unbedenklich zugeben dürfen, daß ſie, ſo weit es überhaupt von dem beſchränkten wiſſenſchaftlichen Standpunkte der Zeit aus möglich war, das Bedeutſamſte in der criminaliſtiſchen Litteratur des 16ten Jahrhunderts geleiſtet haben. Sie zeichnen ſich, gegenüber dem nicht weniger bei den früheren italieniſchen als bei den deutſchen Criminaliſten des 16ten Jahrhunderts herrſchenden Plagiate, durch ihre nach allen Seiten ſelbſtändige Haltung aus; ſie verſchmähen es, unvermittelt hingeſtellte ſtrafrechtliche Grundſätze nur äußerlich mit der traditionell gewordenen Maſſe von Citaten aus Quellen und Litteratur auszuſchmücken, und machen wenigſtens den Anfang einer wiſſenſchaftlichen Unterſuchung der Quellen und der in der Doctrin herrſchenden Controverſen; es finden die Carolina und das einheimiſche Recht überhaupt eine viel umfangreichere und eingehendere Berückſichtigung als bisher; es werden einzelne wichtigere Fragen aus den allgemeinen ſtrafrechtlichen Lehren bereits abgeſondert und ſelbſtändig erörtert; man verſucht es, die Ergebniſſe der Praxis für Wiſſenſchaft und Geſetzgebung nutzbar zu machen, und endlich wird nicht bloß das ſächſiſche Partikularrecht in ſehr umfaſſender Weiſe behandelt, ſondern es wird auch, indem man neben den früheren Landesgeſetzen den Sachſenſpiegel, die Gloſſe deſſelben und das Weichbild als die vorzüglichſten Quellen deſſelben betrachtet, als ſächſiſche Partikularität in die Landesgeſetzgebung und ſpätere Praxis theils manches eingeführt, was längſt aus der Praxis verſchwunden oder, wie die römiſche Strafe des parricidium, nie praktiſch geweſen war [5]), theils manche

4) Der 2te Theil erſchien 1600 unter dem Titel: Quaestionum iuris controversarum et in usu practico praesertim camera quotidie occurrentium resolutiones et decisiones, der 3te Theil 1608 unter demſelben Titel wie der 1ſte Theil.

5) Es ergiebt ſich dies beſonders, wenn man die Consultationes mit dem

Digitized by Google

neue Partikularität gebildet, die aus reinem Mißverständniß jener Quellen erwuchs.

War hier ein bedeutsamer Akt der Landesgesetzgebung unmittelbar aus der Doctrin erwachsen, so kam noch hinzu, daß sich allmälig und in Folge der Anordnungen der Carolina in Betreff des Rath-Suchens, fast die gesammte strafrechtliche Praxis in der Hand der Schöppenstühle und juristischen Fakultäten gesammelt hatte, so daß am Ausgange des 16ten Jahrhunderts die Wissenschaft gleichsam die Alleinherrschaft auf dem Gebiete des Strafrechtes und Strafprozesses behauptete. Es konnte darum nicht fehlen, daß, wenn hier auf der Grundlage der Carolina und nach Maßgabe der von ihr aufgestellten Normen, dem Bedürfnisse einer näheren Feststellung des gemeinen und des sächsischen Partikularstrafrechtes genügt schien, sehr bald auch über die Grenzen Churſachsens hinaus, und zunächst wenigstens in den übrigen Ländern des sächsischen Rechtes, die Autorität der sächsischen Juristen und ihrer in den sächsischen Consultationen und Constitutionen niedergelegten Ansichten als entscheidend betrachtet wurden.

Ein genügendes Beispiel giebt in dieser Beziehung die Mark Brandenburg. Wie bereits oben erwähnt wurde, war man auch hier am Ausgange des 16ten Jahthunderts lange Zeit damit beschäftigt, einen umfassenderen Akt der Gesetzgebung wie für das Privat- und Prozeßrecht, so auch für das Strafrecht, zu Stande zu bringen. Das Ergebniß war: 1) die Cammer-Gerichts-Ordnung und 2) die Landes-Ordnung oder Constitution, so auf Churfürsten Johann Georgens Befehl abgefasset, welche letztere in den Artikeln 47—51 strafrechtliche Bestimmungen enthält; 3) Johanns Georgen Markgrafen u. s. w. Verbesserung und weitere Erklärung unserer Landes-Constitution und Cammer-Gerichts-Ordnung mit andern mehr Constitutionen und Satzungen. Letzteres, im Jahre 1594 abgefaßte, Gesetz enthält fünf Theile, von denen der 4te von Malefiz-Sachen und derselben Strafen und der 5te Theil im 55. und

vergleicht, was König in seiner 1541 erschienenen Practica als sächsische Gewohnheit im Strafrecht und Strafprozeß bezeugt; wie denn auch jene mehrfach gegen die Behauptungen Königs polemisiren.

Digitized by Google

56. Titel vom Strafprozeß handelt [6]). Alle drei Gesetze sind zwar, trotz wiederholter ständischer Mahnungen, nie publicirt, wohl aber von den märkischen Juristen und Gerichten stets als eine Aufzeichnung des märkischen Gewohnheitsrechtes angesehen und benutzt worden [7]).

Die in den angeführten Artikeln des 2ten und im 4ten und 5ten Theile des 3ten Gesetzes enthaltenen Bestimmungen beziehen sich nur zum Theil auf das eigentliche Strafrecht, zum Theil auf Gerichtsverfassung, Prozeßrecht und Criminalpolizei, und sind meist unerheblich. In Bezug auf den Strafprozeß ist von Interesse die Abgrenzung der vor die Obergerichte gehörenden peinlichen, und der von den Untergerichten bürgerlich zu strafenden Fälle, sodann die Anordnung über die annotatio und confiscatio bonorum, die hier, wie „an vielen Oertern sonderlich Sächsisches Rechtens", an die Stelle der Verfestung und Achtserklärung flüchtiger Verbrecher getreten war, und endlich die näheren Bestimmungen über das Inquisitionsverfahren, das, „obwoll bey rechte nicht in allen, besondern in etlichen fellen zu gelassen", dennoch als das nach dem Herkommen in allen Fällen angewandte, anerkannt und bestätigt wird, ohne daß hier eine irgend bedeutsame Abweichung von den Grundsätzen der Carolina und der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie hervorträte. Die strafrechtlichen Bestimmungen sind zum bei weitem kleinsten Theile solche, welche, ohne irgend einen Anknüpfungspunkt im gemeinen Rechte zu haben, als rein partikularrechtliche und lediglich der Landesgesetzgebung entsprungene zu bezeichnen sind. Dahin gehören die Strafbestimmungen gegen die Wilddiebe und die von ihnen bei Gelegenheit begangenen anderweitigen Verbrechen. Sie zeigen, wie die häufig wiederholten Strafbestimmungen gegen Landstreicher und Zigeuner, bis zu welcher gar nicht mehr durch irgend eine Rücksicht der Gerechtigkeit und Billigkeit, sondern nur durch

6) Mylius l. c. VI. Abth. 3. No. 1—3. Ueber die Entstehung und das Schicksal dieser Gesetze handelt Mylius in seinem Vorberichte, und Riedel Magazin des Provinzial- und statut. Rechts der Mark Brandenburg. Bd. 1. S. 40 flg.

7) v. Scholtz und Hermensdorf Provinzialrecht der Mark Brandenburg. 2te Aufl. 1 Bd. 2. Abth. S. 14.

Digitized by Google

die des landesherrlichen und polizeilichen Interesses bestimmten Maßlosigkeit, sich die Territorialgesetzgebung fortreißen ließ, wo ihr die gemeinrechtliche Norm fehlte. Ein anderer und größerer Theil jener strafrechtlichen Bestimmungen beschränkt sich darauf, zur Abwehr etwaiger abweichender Gewohnheiten, die Grundsätze der Carolina wörtlich zu wiederholen oder auf die betreffenden Artikel derselben zu verweisen. Das meiste Interesse bieten diejenigen Artikel dar, welche die gemeinrechtlichen Grundsätze näher zu bestimmen, oder partikularrechtlich fortzubilden versuchen. Diese strafrechtlichen Bestimmungen kommen aber nicht bloß in allen wesentlichen Punkten mit denen der sächsischen Constitutionen überein, sondern sind wohl auch, da diese Uebereinstimmung zum Theil eine wörtliche ist, unzweifelhaft diesen unmittelbar entnommen worden.

Ist es bei dem Mangel aller näheren Nachrichten unmöglich, über die Gründe, welche die Publikation jener märkischen Gesetzentwürfe verhinderten, zu entscheiden, so liegt doch wenigstens für das Strafrecht die Vermuthung sehr nahe, daß, nach alle dem, was in Churſachsen, dem Lande, das vermöge seiner politischen Stellung in Deutschland und des Einflusses seiner berühmten Universitäten, als der vornehmste und natürliche Repräsentant der Länder des sächsischen Rechtes erschien, durch Doctrin und Gesetzgebung für das Strafrecht geschehen war, in der Mark ein weiterer und selbständiger Gesetzgebungsakt kein Bedürfniß mehr sein konnte, eine Vermuthung, die darin wohl ihre Bestätigung findet, daß, nach so vielen Verhandlungen und Anstrengungen der Landesherren und der Stände, der Versuch einer solchen Gesetzgebung im wesentlichen nur eine Wiederholung dessen zum Ergebnisse hatte, was in der Carolina und in den sächsischen Constitutionen bereits ausgesprochen war. Ein solches Bedürfniß war aber auch in Wahrheit um so weniger vorhanden, als in der Mark die unbedingte Herrschaft des gemeinen und des durch die sächsischen Consultationen und Constitutionen neu gestalteten sächsischen Partikularstrafrechtes in keiner Weise durch widersprechende Rechtsansichten, Gewohnheiten und Mißbräuche der verschiedenen Gerichte gefährdet erschien. Wie bereits oben

Digitized by Google

erwähnt wurde, waren schon 1540 „mit Willen gemeiner Landschaft" die Gerichte des Landes angewiesen worden, in allen peinlichen Sachen Belehrungen und Rechtssprüche vom Schöppenstuhle zu Brandenburg einzuholen, der nach den Satzungen der Carolina zu verfahren und zu sprechen habe. Die angeführte Verbesserung der Landes-Constitution von 1594, besonders Tit. 55. Thl. V., giebt aber genügend zu erkennen, daß damals der brandenburgische Schöppenstuhl, nicht bloß in Betreff des Endurtheils, sondern auch jedes wichtigeren Schrittes im Prozeßverfahren, die gesammte Strafgerichtsbarkeit der Mark in seiner Hand vereinigt hatte, und daß dieser in seiner richterlichen Thätigkeit gänzlich den Einflüssen der nahe gelegenen sächsischen Universitäten unterlag, kann wohl kaum zweifelhaft sein.

§. 13.

Die sächsischen Criminalisten des 17ten Jahrhunderts.

Der innige Zusammenhang des strafrechtlichen Zustandes der Mark mit dem gemeinen und dem unter dem Einflusse der Doctrin gebildeten sächsischen Partikularstrafrechte dauerte auch im 17ten Jahrhundert fort. In Sachsen aber fand im Laufe des 17ten Jahrhunderts auf der gegebenen Grundlage eine nicht bloß für Sachsen und die Länder des sächsischen Rechtes, sondern für ganz Deutschland bedeutsame Fortbildung des Strafrechtes statt.

Noch am Ende des 16ten Jahrhunderts, im Jahre 1599, und wenige Monate nachdem die sächsischen Consultationen in Frankfurt a. M. zuerst im Drucke erschienen waren, veröffentlichte in Leipzig Daniel Moller den ersten Commentar zu den sächsischen Constitutionen [1]), die schon damals, wie der Verfasser sagt, nicht bloß in Sachsen, sondern auch im übrigen Deutschland eine weit verbreitete praktische Anwendung gefunden hatten. Der Zweck dieses Commentars ist im wesentlichen kein anderer als derjenige, dem auch die veröffentlichten Consultationen dienten, nämlich die

1) Der Titel lautet: Augusti Ducis Saxoniae etc. Ordinationes et Constitutiones ex Germanica in Latinam linguam translatae et in easdem commentarii etc.

Digitized by Google

Constitutionen auf ihre gemeinrechtlichen und sächsisch-partikularrechtlichen Quellen zurück zu führen und durch Verweisungen auf die juristische Litteratur und Praxis zu erläutern, und nur darin weicht er einigermaßen von den Consultationen ab, daß er, obwohl sich an die einzelnen Artikel der Constitutionen anschließend, doch wenigstens gelegentlich im Privat- und Prozeßrechte, wie im Strafrechte, dem gemeinen Rechte eine umfassendere Berücksichtigung zu Theil werden läßt. Abgesehen von unwesentlichen Abweichungen in einzelnen und untergeordneten Fragen, schließt sich Moller sehr eng an die Consultationen, die er auch wahrscheinlich handschriftlich benutzt hat, an und zeigt namentlich im Strafrechte keinen irgend bedeutsamen Fortschritt. Dagegen war Moller der Wegweiser auf der Bahn, die bald nach ihm mit größerem Erfolge Matthias Berlich beschritt. Sein 1614 erschienener Commentar zu den sächsischen Constitutionen [2]) beabsichtigte nichts Geringeres, als die Consultationen völlig aus dem Gebrauche zu verdrängen. Berlich bekämpft nämlich die letzteren nicht bloß wegen des fehlerhaften Druckes der frankfurter Ausgabe, die darum in Sachsen verboten wurde, sondern auch rücksichtlich ihres Inhaltes, indem er ihnen vorwirft, meist wörtlich den Werken der sächsischen Juristen, ohne daß sie angeführt würden, entnommen zu sein, und zwar in einer durchaus nachlässigen, das Wesentliche übergehenden, sinnentstellenden Weise [3]). Wie unberechtigt aber auch seine Polemik sein mochte, so läßt sich doch nicht leugnen, daß Berlichs Commentar, in der Tendenz der Consultationen und Mollers fortschreitend und diese in reichstem Maße benutzend, viel Bedeutsameres leistete. Wie Mollers Commentar ist auch sein Werk, das im 4ten und 5ten Theile das Strafrecht abhandelt, einerseits ein an die einzelnen Artikel der Constitutionen sich anschließender Commentar, der darum auch keine vollständige Darstellung des Strafrechtes giebt, anderer-

2) Conclusiones practicabiles secundum ordinem Constitutionum Divi Augusti Electoris Saxoniae discussae etc.

3) Der Grund dieser Polemik war übrigens hauptsächlich der, daß Berlichs Schwiegervater Verleger jener benutzten Werke war und von den Consultationen Schaden für seine Verlagswerke fürchtete.

Digitized by Google

seits aber beschränkt sich Berlich noch viel weniger als Moller nur auf die Erläuterung der Constitutionen, die ihm vielmehr nur als Veranlassung dienen, die betreffende strafrechtliche Lehre vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus in umfassender Weise abzuhandeln, um dann erst die übereinstimmenden oder abweichenden Grundsätze des sächsischen Rechtes und der Praxis anzuführen. Endlich schließt sich Berlich auch in der Beziehung unmittelbar an Moller an, daß er in den einzelnen Abschnitten die von diesem bereits angeregten Fragen meist auch in derselben Ordnung zum Gegenstande seiner Untersuchung macht. Dagegen steht Berlich in der wissenschaftlichen Behandlung des Strafrechtes weit über Moller und allen seinen Vorgängern. Er zeichnet sich zuvörderst aus durch eine sehr umfassende Kenntniß der Litteratur, und zwar nicht bloß in der Art, daß er den herkömmlichen litterarischen Apparat wiederum aufnimmt und mit einigen Zuthaten vermehrt, sondern so, daß er überall denselben wirklich nutzbar zu machen sucht, indem er bei den einzelnen Fragen mit Geschick die gleichen Ansichten zu sammeln und zusammen zu fassen, die abweichenden und widersprechenden sich in ihren wichtigsten Gründen gegenüber zu stellen weiß, um sich sodann mit Hilfe und genauerer Erörterung der Quellen den Weg zur selbständigen Entscheidung zu bahnen. Daß er in diesen Entscheidungen überall glücklich wäre, läßt sich um so weniger behaupten, als ihm die sächsischen Constitutionen eine Autorität sind, von welcher er selbst da kaum abzuweichen wagt, wo es die von ihm angeführten gemeinrechtlichen Quellen fordern würden. Dennoch wird man behaupten dürfen, daß Berlich unter den deutschen Criminalisten der Erste ist, welcher entschieden mit der bis dahin herrschenden Tendenz bricht: nur für den praktischen Gebrauch die einzelnen Strafbestimmungen aus den Quellen zusammen zu stellen und daran noch allenfalls einige casuistische Erörterungen anzuknüpfen; der im Gegentheil in seinem Werke das Gewicht vorzüglich auf die wissenschaftliche Untersuchung legt, wie er es darum auch selbst, im Gegensatze zu den Consultationen, als sein besonderes Verdienst anführt, überall die rationes dubitandi et decidendi vollständig

Digitized by Google

dargelegt zu haben. Gefördert aber hat er das Strafrecht eben so sehr in Bezug auf die tiefer eingehende Untersuchung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen, als auch in Bezug auf die, wenn auch immer nur noch gelegentlich berührten, allgemeinen Lehren des Strafrechtes, obwohl namentlich in Betreff der letzteren das Mangelhafte seines wissenschaftlichen Standpunktes und Verfahrens ganz besonders hervortritt. Daß er nämlich noch gänzlich in den Anschauungen der italienischen Juristen und des römischen Rechtes befangen ist, kann bei dem damaligen Zustande der Rechtswissenschaft kaum anders erwartet werden. Die Folge davon ist aber, daß, wenn er zwar der Carolina überall als einer der wichtigsten gemeinrechtlichen Quellen gedenkt, ihm dennoch jedes Verständniß des germanischen Strafrechtes, und besonders dessen, was die Carolina geleistet hatte, abgeht, und daß er darum eine Menge falsch verstandener und mißbrauchter römischrechtlicher Begriffe und Grundsätze in die Doctrin einführte und befestigte, welche diese nur sehr allmälig theils abklären, theils abstoßen konnte. In gleicher Weise bekunden sich Unkenntniß und Ungeschick in der Art, in welcher er den Sachsenspiegel als Quelle des sächsischen Partikularrechtes behandelt. Dem Beispiele der Consultationen und Mollers folgt Berlich endlich auch in der Benutzung praktischer Beispiele, die er nicht bloß den Rechtssprüchen sächsischer, sondern auch italienischer, französischer und spanischer Gerichtshöfe entlehnt.

Berlichs Verdienst, von den Zeitgenossen in reichem Maße anerkannt, wie dies die wiederholten Auflagen seines Werkes und die vielen ihnen beigedruckten überschwenglichen Lobgedichte beweisen, wurde schon in der 2ten Hälfte des 17ten Jahrhunderts allmälig verdunkelt durch den über ganz Deutschland sich verbreitenden Ruhm, den sich sein Nachfolger Benedict Carpzow auf dem Gebiete des Strafrechtes zu erwerben wußte. Als Nachfolger Berlichs muß aber Carpzow bezeichnet werden, nicht bloß weil er in seiner Practica [4]) sich vollkommen an die Tendenz und Me-

4) Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium Pars I—III. Lips. 1638. 13te Ausgabe. Francof. 1758.

Digitized by Google

thode Berlichs anschließt, sondern auch dessen Conclusiones fast vollständig abschreibt[5]). Was nämlich zunächst sein Verhältniß zu Berlich betrifft, so nimmt er allerdings dessen litterarischen und Quellen-Apparat überall wörtlich auf, nirgends ihn wesentlich vermehrend oder berichtigend, sondern meist abkürzend. Dagegen folgt er Berlich nicht gleich unbedingt in der endlichen Entscheidung der einzelnen Fragen, da er hierin sogar häufig genug polemisch gegen diesen auftritt. Dazu kommt, daß er in vielen, meist sehr wichtigen, strafrechtlichen Lehren von Berlich ganz unabhängig ist, weil dieser, an die sächsischen Constitutionen sich anschließend, sie gar nicht behandelte, während Carpzows Practica ein vollständiges System des gemeinen Straf- und Strafprozeßrechtes ist, welches nur nebenbei das sächsische Partikularrecht berücksichtigt. Aber auch abgesehen davon, daß er nur einen Theil seines Materials und seiner Ansichten von Berlich entlehnte, stimmt er mit diesem auch in der wissenschaftlichen Methode nicht völlig überein und hat sein eigenthümliches Verdienst. Wenn nämlich Berlich, die so zu sagen regelmäßige Form eines Verbrechens als bekannt voraussetzend, zuerst die ordentliche Strafe desselben feststellt, sodann aber casuistisch eine große Reihe verschiedenartiger Gestaltungen dieses Verbrechens betrachtet, um die Frage: ob auch hier die ordentliche oder welche sonstige Strafe zu verhängen sei, zu beantworten, so zeigt sich dagegen bei Carpzow, kann er sich auch von dieser Methode nicht gänzlich befreien, wenigstens das Streben, alle wesentlichen Momente im Thatbestande des einzelnen Verbrechens zu einer allgemeinen Definition zusammenzufassen, um aus ihr eine Reihe einzelner Grundsätze zu entwickeln, mit denen sich die endlose Masse der concreten Gestaltungen beherrschen läßt, weshalb denn auch Carpzow, ohne Nachtheil für die Sache, sich auf ein viel geringeres Maß der Casuistik beschränken konnte.

Das fernere Verdienst Carpzows, durch welches er sich

5) Hierauf hat besonders Wächter a. a. O. S. 104 flg. aufmerksam gemacht, nur daß seine Ansicht über das Verhältniß Carpzows zu Berlich, wie sich aus dem Weiteren ergeben wird, doch mehrfach der Berichtigung und Vervollständigung bedarf.

Digitized by Google

vor allen seinen Vorgängern, und namentlich auch Berlich, auszeichnet, nämlich in viel reicherem Maße als diese das deutsche Element des gemeinen Strafrechtes gewürdigt zu haben und namentlich viel tiefer, so weit es ohne genügende historische Kenntniß des deutschen Strafrechtes möglich war, in das Verständniß der Carolina eingedrungen zu sein, so daß die längst durch ganz Deutschland verbreitete Carolina eigentlich erst durch ihn zur vollen Herrschaft in Deutschland gelangte, ist schon längst und genügend anerkannt worden. Wenn er endlich auch in der Benutzung der praktischen Beispiele nur dem Vorbilde Mollers und Berlichs folgt, so gewann sie doch auch erst durch ihn eine höhere Bedeutung für das deutsche Strafrecht, indem er, nicht wie jene, seine Beispiele den Entscheidungen aller möglichen Gerichtshöfe Europas, sondern seiner eigenen, so außerordentlich reichen, Erfahrung entnahm, und damit der deutschen criminalistischen Praxis den Mangel der Autorität eines gemeinsamen, höchsten, auch in Criminalfällen entscheidenden, Gerichtshofes ersetzte.

Wenn Carpzows Autorität sehr bald alle seine Vorgänger, und namentlich auch Berlich, vergessen ließ, so lag der Grund, abgesehen von seinem wirklichen Verdienste, wohl in dem äußerlichen Umstande, daß sein Werk ein vollständiges System des gemeinen Strafrechtes war. Vorzüglich seine, dem praktischen Bedürfnisse so sehr entsprechende, Behandlungsweise war es aber, die seinem Werke für ein ganzes Jahrhundert zur unumschränkten Herrschaft über die strafrechtliche Doctrin und Praxis ganz Deutschlands verhalf, wobei ihm die immer noch herrschende Anschauung der Zeit, die von der Wissenschaft nicht sowohl ein doctrinäres System, als eine, der Praxis unmittelbar dienende, Codification des gemeinen und Partikularrechtes forderte, zu statten kam.

§. 14.

Die strafrechtliche Gesetzgebung und Praxis der Mark Brandenburg im 17ten Jahrhundert.

Der herrschenden Autorität Carpzows gegenüber empfand die Territorialgesetzgebung im Laufe des 17ten und Anfange des 18ten

Jahrhunderts kein Bedürfniß ausgedehnterer Thätigkeit, und stand darum entweder ganz still, oder griff mit einzelnen gesetzlichen Anordnungen ein, die nirgends ein planmäßiges Verfahren und eine bestimmte Tendenz erkennen lassen, sondern theils aus einem ganz zufälligen und vorübergehenden Interesse und Bedürfnisse entspringen, theils nur die durch Carpzow begründete Herrschaft der sächsischen Doctrin, Gesetzgebung und Praxis bestätigen. Dies gilt namentlich auch von der Mark Brandenburg. Daß die bis dahin nie unterbrochene, und durch die erwähnten Gesetzentwürfe aus dem Ende des 16ten Jahrhunderts, neu bestätigte innige Verbindung der Mark mit Sachsen und dem sächsischen Rechte auch im 17ten Jahrhundert fortdauerte, und daß also auch hier Carpzows Practica die unbedingte Norm für die strafrechtliche Praxis war, würde auch ohne nähere Beweise angenommen werden müssen. Es konnte für die Befestigung der Autorität Carpzows nur förderlich sein, daß 1611 die märkischen Gerichte angewiesen wurden, in peinlichen Sachen sich nicht mehr allein an den brandenburgischen Schöppenstuhl, sondern auch an die juristische Fakultät in Frankfurt a. d. O. um Belehrung zu wenden, sich dagegen der Aktenversendung an auswärtige Schöppenstühle und Fakultäten zu enthalten [1]), womit die Praxis noch unmittelbarer in die Hand der von Carpzow beherrschten Doctrin gelegt war. Den genügendsten Beweis für den Zustand der strafrechtlichen Praxis der Mark im 17ten Jahrhundert giebt aber Carpzow selbst; denn trotz des oben erwähnten Verbotes, sich an auswärtige Schöppenstühle zu wenden, holten nicht bloß die Gerichte von Crossen, Züllichau und Cotbus, denen dies ausnahmsweise gestattet war, sondern alle Gerichte der Mark in so reichem Maße Rechtsbelehrungen vom Schöppenstuhle zu Leipzig, daß Carpzow sein Werk überall mit nach der Mark versandten Urtheilen erfüllen konnte, wobei es bemerkenswerth ist, daß unter den Belehrung suchenden Gerichten selbst die von Brandenburg und Berlin nicht fehlen. Die strafrechtliche Gesetzgebung der Mark im

1) Landtags Abschiedt und Revers. Cüstrin 1611. Art. 11 bei Mylius VI. Abth. 1. No. 71.

Digitized by Google

17ten Jahrhundert, in ihren Ergebnissen sehr unbedeutend, bestätigt in gleicher Weise die Herrschaft der sächsischen Gesetzgebung und Doctrin. Wie sehr auch hier Landesherr und Stände im allgemeinen der Zeitansicht folgten: im Strafrechte die Doctrin herrschen und die Gesetzgebung vertreten zu lassen, beweist die Resolution auf die Beschwerdepunkte der churmärkischen Stände von 1652, wo No. 20 also lautet: Seine Churf. Durchl. sehen selbst gerne, daß in rebus dubiis, darüber bishero noch keine gewisse Decision ergangen, von Sr. Churf. Durchl. Räthen, Deputirten von Adel, und aus den Städten wie auch Professoribus zu Frankfurth an der Oder, constitutiones aufgesezet werden, welche cum iuri communi, zeithero hergebrachten consuetudinibus und dieses Landes Gebräuchen und Landes Reversen ähnlich sein, und seind Sr. Churf. Durchl. dieselbige zu authorisiren und zu bestetigen in gnaden geneigt [2]).

Von den einzelnen, das Strafrecht betreffenden, Gesetzen mögen im Folgenden diejenigen hervorgehoben werden, welche von allgemeinerem Interesse und namentlich für das Verhältniß zum gemeinen und sächsischen Rechte bezeichnend sind.

Der den Städten der Neumark ertheilte Special-Revers von 1653 [3]) enthält folgende Stelle: Wir sind allerdings damit einig, daß die processus in atrocioribus delictis, ne scelera impunita maneant, so viel möglich maturiret werden. Es kann auch Unsere Neumärkische Regierung per modum inquisitionis durch den Fiscalem zu verfahren, kein Bedenken tragen. Jedoch daß auch dem reo seine defensiones pro qualitate causae vorbehalten bleiben, und wollen wir ihnen auch willig die Hand bieten, als die wir über den Lauf der Justiz zu halten, und alle Uebelthäter, welche Gott am Leben zu strafen befohlen, auß der Stadt des Herrn auszurotten gemeinet seyn.

In doppelter Beziehung tritt hier der Einfluß des sächsischen Rechtes, und insbesondere Carpzows, hervor und zwar zunächst in der recipirten Unterscheidung der delicta levia, atrocia und

2) Mylius VI. Abth. 1. No. 115. Dasselbe wird im Landtags-Receß von 1653 Mylius l. c. No. 118 wiederholt.
3) Mylius VI. Abth. 1. No. 120.

atrocissima. Der Unterschied des crimen atrox und leve, der in den römischen Rechtsquellen ohne alle legale und technische Bedeutung erwähnt wird [4]), hatte bereits die älteren italienischen Juristen vielfach beschäftigt und war von ihnen verschieden gedeutet worden, bis endlich Clarus [5]), in Rücksicht auf das Strafmaß, alle Verbrechen in jene 3 Klassen theilte. Diese Unterscheidung nahmen die sächsischen Constitutionen, Moller und Berlich auf, und Carpzow war es, der sie ausführlicher wissenschaftlich zu begründen sucht, und nach dem Vorgange von Clarus an diesen Unterschied, sowohl für das Verfahren als die Bestrafung selbst, die bedeutsamsten Folgen knüpft, besonders den gefährlichen Grundsatz: in delictis atrocissimis iura transgredi licet. Diese Unterscheidung stand namentlich auch in Verbindung mit dem Begnadigungsrechte, um welches es sich in der angeführten Stelle handelt, und das gleichfalls erst durch Carpzow eine festere Gestalt empfangen hatte. Schon früher ist gezeigt worden, wie das Begnadigungsrecht, hervorgehend aus der Befugniß des Richters, den Schuldigen die verwirkte peinliche Strafe durch Geldbuße ablösen zu lassen, in der Mark schon im Anfange des 16ten Jahrhunderts vom Landesherrn als ein ihm allein gebührendes Recht in Anspruch genommen wurde. In Churſachsen dagegen war das Gleiche erst durch den Landtags-Abschied von 1555 angeordnet worden, und Carpzow war es zuerst, welcher in seiner quaestio 150 das Begnadigungsrecht wissenschaftlich zu begründen versuchte. In dieser, mit dem älteren deutschen Gerichtsverfahren und Strafrechte zusammenhängenden, Lehre konnte er die Lehre des römischen Rechtes von der indulgentia und abolitio, wie sie z. B. Clarus dargestellt hatte, nur in wenigen Punkten benutzen, so daß er in derselben mit großer Freiheit und Selbständigkeit verfuhr. Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes soll das Begnadigungsrecht zunächst allein dem Kaiser, neben ihm aber auch den Landesherren als ein ihnen gebührendes Regal zustehen, wogegen alle nicht mit Landeshoheit beliehenen Gerichtsherren nur

4) Luden Abhandlungen II. S. 149.
5) Sentent. lib. V. §. 1.

Digitized by Google

das Recht haben sollen, aus Gnade eine Strafmilderung, jedoch ohne Verwandelung der Strafart, eintreten zu lassen. Von einer Ablösung der Strafe durch Geld ist nicht mehr die Rede, und darum ist das Maß der Gnade ganz frei gegeben, so daß sie sich nicht bloß als völliger, sondern auch als theilweiser Nachlaß der Strafe äußern kann, wie denn auch der märkische Landtagsreceß von 1653 die Strafmilderung ausdrücklich als ein landesherrliches Recht bezeichnet [6]). Wenn aber Carpzow den Gerichtsherren das Begnadigungsrecht abspricht: weil der Niedere das Gesetz des Höheren nicht abrogiren könne, so folgte hieraus auch sein Grundsatz, daß eine Begnadigung bei den Verbrechen, welche durch göttliches Gebot mit dem Tode bedrohet seien und die vor allen als delicta atrocissima angesehen würden, nicht statt finden dürfe. Es wird hiernach die obige Gesetzesstelle, durch welche der Churfürst die Carpzowschen Lehren als in der Mark zu Recht bestehend anerkennt und sie zu handhaben verspricht, einer weiteren Erklärung nicht bedürfen.

In gleicher Weise ist das Edict über die Bestrafung der Hausdiebe [7]) den sächsischen Constitutionen IV. 38 und Carpzow qu. 82. No. 52—60 entnommen.

Das umfangreiche Duellmandat von 1688 [8]) ist in allen seinen wesentlichen Bestimmungen, zum Theil auch in den einzelnen Redewendungen, aus dem, durch kaiserliches Commissions-Dekret bestätigten aber nicht publicirten, Reichsgutachten von 1668 hervorgegangen, das seinerseits, bei dem Mangel an sonstigen gemeinrechtlichen Bestimmungen, wiederum auf der, aus Anlaß der sächsischen Constitutionen, von Berlich und Carpzow entwickelten strafrechtlichen Lehre vom Duell und dem ihr folgenden churſächsischen Duellmandat von 1665 beruht.

Von anderen, durch das augenblickliche Bedürfniß hervorgerufenen, Gesetzen sind zu erwähnen: die sich wiederholenden Er-

---

6) Mylius VI. Abth. 1. No. 118.
7) Mylius II. Abth. 3. No. 13.
8) Mylius l. c. No. 14. Es folgte diesem 1693 eine Declaration und 1713 ein erklärtes und erneuertes Mandat; Mylius l. c. No. 17 u. 27.

Digitized by Google

lasse gegen Bettler, Landstreicher und Zigeuner [9]), einige auf die Bestrafung des Diebstahls [10]), Unterschlagung öffentlicher Gelder [11]) und Bruch geschworener Urphede [12]) sich beziehende Anordnungen, die zum Theil das gemeinrechtliche Strafmaß überschreiten und die Tendenz sehr deutlich aussprechen, durch die steigende Strenge der Strafen von der Begehung dieser Verbrechen abzuschrecken.

§. 15.

Der Verfall des gemeinen Strafrechtes im Anfange des 18ten Jahrhunderts.

Die auch auf dem Gebiete des Strafrechtes so bedeutsame und folgenreiche gesetzgebende Thätigkeit des 18ten Jahrhunderts begann für Preußen schon im Anfange desselben unter der Regierung Friedrich Wilhelms I. Wenn seine größeren legislatorischen Werke, die Criminal-Ordnung von 1717 und das verbesserte preußische Landrecht von 1721, allerdings weit mehr den Charakter der Gesetzgebung des 17ten als der 2ten Hälfte des 18ten Jahrhunderts an sich tragen, so waren es doch in Betreff des Strafrechtes dieselbigen Ursachen, aus denen diese, wie die späteren Gesetzgebungsakte, erwuchsen, und die deshalb einer kurzen Betrachtung bedürfen.

Der Versuch der Bambergensis, und nach ihr der Carolina, das deutsche Schöffengericht, an dessen Befähigung zu genügender Handhabung der Strafrechtspflege sie selbst verzweifelte, dennoch aufrecht zu halten, hatte zu jenen Bestimmungen über das Rathsuchen geführt, welche, in Verbindung mit der Stellung, die sie zu den Quellen des römischen Rechtes einnahm, die strafrechtliche Praxis wie die Gesetzgebung völlig in die Hand der Doctrin und juristischen Fakultäten legte. Die für das deutsche Strafrecht daraus zunächst erwachsenden günstigen Folgen lassen sich nicht verkennen, und die zweite Hälfte des 17ten und der Anfang des 18ten Jahrhunderts bilden die Periode, in welcher,

9) Mylius V. Abth. 5. cap. 1. VI. Abth. 1. No. 67.
10) Mylius II. Abth 3. No. 2. 9. 10. 12. 16. 18. 23.
11) Mylius l. c. No. 11.
12) Mylius l. c. No. 26.

Digitized by Google

vermittelt durch die Autorität Carpzows, das gemeine Strafrecht in der von der Carolina ihm gegebenen Gestalt, überall in Deutschland die unbedingteste Herrschaft ausübt, eine Herrschaft, vor welcher das partikularrechtliche Element fast ganz zurücktritt, da die Partikulargesetzgebung selbst viel weniger für dieses, als für eine vollständigere Normirung und Durchbildung des gemeinen Rechtes thätig ist. Aber in dieser unmittelbaren Verbindung der Doctrin und der Praxis lag zugleich die große Gefahr, daß vermöge derselben die Doctrin allmälig eine falsche, ihr nicht gebührende, Stellung zum positiven Rechte einnahm [1]). Es war gewiß ein bedeutsames Verdienst der Carolina, daß sie der Doctrin einerseits, namentlich für das Verhältniß und die Benutzung der verschiedenartigen Quellen des gemeinen Strafrechtes, eine feste Norm vorschrieb, andererseits ihr die gebührende Freiheit der Bewegung gestattete. Dennoch wäre in vielen Beziehungen eine noch weiter gehende und umfassendere legislatorische Vermittelung des römischen und einheimischen Strafrechtes, als sie die Carolina darbot, zu wünschen gewesen, da das Strafrecht, seiner Natur nach, nothwendig immer in weit höherem Grade als das Privatrecht einen nationalen Charakter an sich tragen, und in viel innigerer Beziehung als dieses zu der eigenthümlichen Gesittung eines bestimmten Zeitalters stehen wird, und weil deshalb bei der Anwendung des römischen Strafrechtes überall die eigenthümlichen socialen, rechtlichen, politischen Zustände und sittlichen Anschauungen Deutschlands sich in einem Maße geltend machen mußten, das die Doctrin nur zu leicht verleitete, die ihr gesteckten Grenzen zu überschreiten. Anstatt die Grundsätze und Regeln des positiven Rechtes begrifflich zu erfassen und durch wissenschaftliche Ableitung des Besonderen und Einzelnen aus dem Allgemeinen das positive Recht selbst zu fördern, unterlag die Strafrechtswissenschaft sehr bald der Versuchung, sich der positiv rechtlichen Norm gänzlich zu entledigen und in den vielfachsten und bedeutsamsten Beziehungen selbständig schaffend aufzutreten. Das bequeme Mittel, ein solches Verfahren zu beschö-

1) Hierüber handelt vortrefflich Wächter gem. Recht S. 120 flg.

nigen, war aber entweder eine gewaltsame und willkürliche Interpretation der Quellen, oder die Berufung auf ein durch die Praxis gebildetes Gewohnheitsrecht, das doch nur der Ausfluß der legislatorisch auftretenden Doctrin und Juristenfakultäten war. Die Territorialgesetzgebung des 16ten und 17ten Jahrhunderts war so wenig befähigt diesem Uebel zu steuern, daß sie vielmehr seine allmälige Entwickelung durch ihre unbedingte Unterordnung unter die Doctrin begünstigte. Die nothwendige endliche Folge, nämlich eine alle positive Norm überspringende und nach allen Seiten auseinander fahrende Willkür, konnte darum nur so lange abgewehrt werden, als die ganz Deutschland beherrschende Autorität Carpzows der strafrechtlichen Praxis noch zur Noth das richtige Maß und die Einheit bewahrte. Aber schon bei Carpzow war diese Richtung der Doctrin in solchem Maße vorhanden und entwickelt, daß, als im 18ten Jahrhundert seine Herrschaft gebrochen wurde, er wenigstens noch als das Muster für die in der Praxis und Doctrin einreißende Willkür und die Art, wie man sie zu verdecken und zu beschönigen suchte, betrachtet wurde. Wenn wir den sächsischen Juristen des 16ten und 17ten Jahrhunderts, und vorzüglich Carpzow, das Verdienst einer immer tiefer in das Wesen und die verschiedenartige Gestaltung der einzelnen Verbrechen eingehenden Auffassung zugestehen müssen, so war damit die in gleichem Verhältniß wachsende Einsicht, daß die meist absolut bestimmten Strafen der Carolina nicht in allen Fällen den Ansprüchen der Gerechtigkeit zu genügen vermöchten, nothwendig verknüpft. Dazu kam, daß die Carolina, um ein gerechtes Verhältniß in der Bestrafung der verschiedenen Verbrechen herzustellen, fast alle Formen der in Deutschland gebräuchlichen Lebens- und Leibesstrafen gesammelt hatte, während ein Blick auf die Partikularrechte lehrt, daß wohl zu keiner Zeit irgend wo in Deutschland alle jene Strafen im Gebrauch gewesen seien, und dies um so weniger, als die Carolina selbst Abweichungen in der Ausführung der von ihr festgestellten Strafart gestattete. Auch in Sachsen und Brandenburg blieben die herkömmlichen Strafen bestehen, und namentlich fanden die vielen verstümmelnden Strafen der Carolina niemals Eingang, wogegen

Digitized by Google

allmälig ein immer ausgedehnterer Gebrauch der Freiheitsstrafen, in sehr verschiedener Weise der Ausführung, statt fand. Indem es nun darauf ankam, Abweichungen von den gesetzlich bestimmten Strafen zu rechtfertigen und wissenschaftlich zu begründen, benutzte Carpzow, wie dies freilich vor ihm die italienischen und deutschen Criminalisten von jeher gethan hatten, den dem römischen Rechte entnommenen Unterschied der poena ordinaria und extraordinaria, nur daß derselbe bei ihm sehr wenig mehr der quellenmäßigen Unterscheidung der poena legitima und coercitio extraordinaria entsprach. Zuvörderst betrachtet er die außerordentliche Strafe in allen Fällen für völlig gleichbedeutend mit der arbiträren Strafe, und indem er ferner Strafe und Verfahren nicht genau unterscheidet, folgert er aus dem Umstande, daß mit Aufhören des ordo iudiciorum publicorum die cognitio extraordinaria zur Regel geworden war, gestützt auf l. 13. D. de poenis, den Grundsatz: daß alle Strafen außerordentliche und darum arbiträre seien, und deshalb selbst die absolut bestimmte Strafe des Gesetzes vom Richter nach seinem Ermessen geschärft oder gemildert werden könne [2]). Damit aber war die Strafzumessung gänzlich der richterlichen Willkür anheim gegeben, welche ihre Schranke nur noch in den allgemeinen Regeln über das verständige Ermessen des Richters, wofür stets auf l. 11. D. de poenis verwiesen wird, und noch allenfalls darin findet, daß nach der von Clarus [3]) vertheidigten, und von Carpzow recipirten Ansicht [4]) die außerordentliche Strafe nie eine Todesstrafe sein könne.

Diese Auffassung war aber nothwendig von weiteren nachtheiligen Einflüssen auf die Doctrin begleitet. Das für ein bestimmtes Verbrechen eine Strafe verfügende Gesetz geht natürlich von der Voraussetzung eines bestimmten Maßes der Rechtsverletzung und Strafbarkeit aus, und es ist vor Allem die Aufgabe der Doctrin, den gesetzlichen Thatbestand des Verbrechens im all-

2) Carpzow Practica qu. 133. cf. qu. 14. n. 3. 4. qu. 18. n. 1. qu. 24. n. 9. qu. 25. n. 1. qu. 102. n. 17. qu. 143. n. 90. qu. 150. n. 7. 28.
3) Clarus sentent. lib. V. §. fin. qu. 83.
4) Carpzow Pract. qu. 133. n. 30 seq.

Digitized by Google

gemeinen, wie in seinen einzelnen wesentlichen Momenten, wissenschaftlich fest zu stellen. Immer aber ist dieser Thatbestand, wie das Gesetz selbst, ein Allgemeines, das eine große Fülle individuell verschiedener Gestaltungen desselbigen Verbrechens umfaßt, die alle unter dieselbige Strafbestimmung zu subsumiren sind. Erst wo eines dieser wesentlichen Momente des gesetzlichen Thatbestandes mangelt, oder ein anderes, das Verbrechen anders charakterisirendes Moment hinzutritt, kann die Frage entstehen, welche anderweitige Strafbestimmung auf den betreffenden Fall anzuwenden sei, wogegen die individuelle, den gesetzlichen Thatbestand des Verbrechens nicht alterirende, Verschiedenheit einzelner Fälle auf die Strafe nur in so fern von Einfluß sein kann, als das Gesetz das Maß der Strafe selbst nur relativ bestimmte, oder allgemeine Gründe an die Hand giebt, welche ein Ueberschreiten des absolut oder relativ bestimmten Strafmaßes nach der einen oder anderen Seite rechtfertigen. Das Streben aber, die vielen Lebens- und Leibesstrafen der Carolina, die eine Maßverschiedenheit und darum eine genügende Berücksichtigung der individuellen Unterschiede in Begehung desselben Verbrechens fast gar nicht zuließen, und deren Härte überdies mehr und mehr in Widerspruch zu den rechtlichen und sittlichen Anschauungen des Zeitalters geriethen, möglichst zu umgehen, führte die Doctrin zu dem, besonders bei Carpzow sehr scharf hervortretenden, Fehler, die gesetzlich bestimmte oder so genannte ordentliche Strafe auf einen möglichst concret und individuell bestimmten Fall zu beschränken, um dann für alle anderen Fälle durch Verhängung einer außerordentlichen Strafe völlig freie Hand zu gewinnen. Beispielsweise möge nur auf Carpzows Darstellung der Lehre vom Diebstahl verwiesen werden, um aus ihr zu ersehen, welche Mittel angewandt wurden, um, im Widerspruch zu den klaren Bestimmungen der Carolina, selbst in den schwersten Fällen der ordentlichen Strafe des Erhängens auszuweichen. So verfielen also nicht bloß die Strafen, sondern, was noch schlimmer war, auch der Thatbestand der einzelnen Verbrechen durch unzulässige und gewaltsame Distinctionen, Limitationen, Ampliationen und Modifikationen aller Art einer schrankenlosen Willkür, die end-

Digitized by Google

lich auch noch die Zurechnungslehre, durch die Art wie sie für jenen Zweck gebraucht und mißbraucht wurde, ergriff und verfälschte.

Bestärkt wurden Doctrin und Praxis in diesem willkürlichen Verfahren durch die Stellung, welche allmälig die Landesherren zur Handhabung der Strafgerichtsbarkeit einnahmen. Während früher die Landesherren, um eine Controlle über die Gerichte auszuüben, sich für einzelne Fälle die Bestätigung richterlicher Urtheile vorbehielten [5]), wurde es im 17ten und 18ten Jahrhundert allgemeiner Gebrauch, wenigstens bei allen, eine schwerere Strafe verhängenden Urtheilen, die landesherrliche Bestätigung einzuholen [6]). Wenn die Veranlassung hierzu wohl darin lag, daß dem Landesherrn Gelegenheit gegeben werden sollte, sein Recht der Strafmilderung und Begnadigung, so wie eine Oberaufsicht über die Rechtspflege auszuüben, so wurden doch die Begnadigung und das richterliche Urtheil noch so wenig scharf und bestimmt unterschieden, daß die Gerichte nicht selten, wie dies viele Beispiele bei Carpzow [7]) bezeugen, unter Vorbehalt der gerichtsherrlichen Bestätigung in ihrem Urtheile, unter Anführung der Gründe, selbst begnadigten, oder die geforderte Begnadigung als unzulässig verwarfen, oder auch die zu gewährende Gnade auf ein bestimmtes Maß beschränkten, während sie dann aber auch umgekehrt die landesherrliche Begnadigung oder Bestätigung des gefällten Urtheils als ein vom höchsten Gerichtsherrn und Gesetzgeber selbst ausgehendes Urtheil letzter Instanz betrachteten, wobei es dann nicht füglich Anstoß erregen konnte, wenn in anderen Fällen wohl auch das Urtheil vom Landesherrn geschärft wurde, oder wenn er sich wohl gar bei bestimmten Verbrechen die Festsetzung der Strafe, persönlich richtend, für jeden einzelnen Fall allein vorbehielt [8]). Darum konnte man glauben, daß durch

5) Z. B. Mylius II. Abth. 3. No. 28.

6) In der Mark hatte sich dies Recht, wie gezeigt, schon im Anfange des 16ten Jahrhunderts gebildet. Zu vergleichen ist der Erlaß des großen Churfürsten von 1663 bei Hymmen Beiträge IV. S. 218.

7) Practica qu. 150.

8) Dies geschieht z. B. in der Mark in zwei Edicten von 1683. Mylius l. c. No. 10. 11.

Digitized by Google

ein solches, vom Gesetzgeber selbst ausgehendes, Urtheil jede etwaige Irregularität, welche das Gewissen des Richters hätte beschweren können, gehoben würde.

Jemehr nun seit dem Beginne des 18ten Jahrhunderts die Autorität Carpzows zu schwinden begann, um so mehr mußte, mit dem Verschwinden der durch sie bewahrten Einheit, in den Gegensätzen und Abweichungen, die in der Doctrin wie Praxis hervortraten, die eingerissene und unbemerkt längst herrschende Willkür sich fühlbar machen. Schon in der Blüthezeit der Herrschaft Carpzows beklagt Brunnemann, im übrigen ein treuer Anhänger und Nachfolger Carpzows und, wie sich später ergeben wird, von besonderer Bedeutung für das brandenburgisch-preußische Strafrecht, in den allerhärtesten Ausdrücken die im Strafrechte herrschende Willkür [9]). Hierzu kamen überdies häufige Klagen und Beschwerden über das Strafverfahren, veranlaßt theils durch Irregularitäten, wie sie Unkenntniß und Ungeschick der Richter, die sich zum großen Theil auf die, selbst in Hauptfragen schwankende, prozessualische Doctrin verwiesen sahen, leicht vorkommen mochten, theils auch namentlich dadurch, daß seit dem Ende des 17ten Jahrhunderts die Ueberreste des Anklageverfahrens vom Inquisitionsverfahren fast vollständig verdrängt wurden [10]). Nur in der großen Masse der kleineren deutschen Territorien, die, ohne die Kraft selbständigen Staatslebens, unwiderstehlich in den Auflösungsprozeß des Reichsstaates hineingezogen wurden, konnte ein solcher strafrechtlicher Zustand neben allen anderen Gebrechen des öffentlichen Lebens mit

9) Brunnemann sagt in der Vorrede zu seinem tractatus de inquisitionis processu: Deinde observavi infinitas fere hodie excogitatas limitationes et exceptiones poenarum ordinarium — ut si numerum exceptionum inire velimus, plures essent exceptiones, quam exempla regulae. — Procul dubio inter homicidas ita vix decimus erit qui poenam capitalem meretur. Itane Deum placabimus? Itane calamitatum finem expectabimus? — Certe non est pietatis opus, homicidam a poena capitali liberare, sed est maxima multisque nociva immisericordia et quasi patriae proditio. — Brunnemann ist häufig, aber mit Unrecht, neben Oldekop als ein besonderer Gegner Carpzows genannt worden, vgl. Biener Gesch. d. Inquisitions-Prozesses S. 167.

10) Ein Beispiel geben die wiederholten Beschwerden der sächsischen Stände und die darauf erfolgten Bescheide in der Erledigung der Landesgebrechen von 1612, 1653 und 1657.

Digitized by Google

Gleichmuth ertragen werden, während er für einen in kräftigster Entwickelung begriffenen Staat, wie der brandenburgisch-preußische, für einen Fürsten wie Friedrich Wilhelm I., der eben so sehr von dem Bewußtsein seiner souverainen Machtvollkommenheit, als seiner sittlich-religiösen Pflicht für Recht und Gerechtigkeit Sorge zu tragen durchdrungen war, die dringendste Aufforderung sein mußte, durch einen umfassenden Akt der Gesetzgebung allen jenen Uebelständen entgegen zu treten.

§. 16.

Die Strafgesetzgebung Friedrich Wilhelms I.

Zur Zeit Friedrich Wilhelms I. hatte sich der brandenburgisch-preußische Staat bereits weit über die Grenzen der Mark ausgedehnt und umfaßte eine ganze Anzahl deutscher und außerdeutscher Landestheile, deren Rechts- und Verfassungszustand vielfach verschieden war. Es könnte darum die Frage entstehen, in wie fern etwa, außer dem Rechts- und Verfassungszustande der Mark, der eines anderen Landestheiles auf den weiteren Gang der Gesetzgebung von Einfluß gewesen sei? eine Frage, die wenigstens kurz berührt werden muß.

Es liegt bekanntlich jener Zeit das Streben nach völliger Einheit des Staates in Recht und Verfassung noch durchaus fern, und nur in den höheren Regionen des staatlichen Lebens wuchs das Bedürfniß nach einheitlicher Gestaltung in gleichem Maße, als die verschiedenen Landestheile zu einem wirklichen Staate zusammenwuchsen. In so fern aber dergleichen über alle Landestheile gleichmäßig sich erstreckende staatliche Institutionen sich nicht als durchaus neue Schöpfungen darstellten, sondern irgend wie aus den gegebenen Zuständen sich entwickelten, war es stets die Mark, die nicht bloß in lokaler Beziehung, sondern auch in Recht und Verfassung den Ausgangspunkt für die Entwickelung des preußischen Staates bildete. Dies gilt namentlich auch für das Strafrecht und Strafverfahren, so daß die partikulären Verschiedenheiten, die auch in dieser Beziehung unter den einzelnen Landestheilen bestanden, im Ganzen ohne Einfluß auf die weitere Entwickelung blieben, und darum einer besonderen Be-

Digitized by Google

rücksichtigung nicht bedürfen. Nur das Königreich Preußen macht hierin eine Ausnahme, indem zwar nicht sein früherer Rechtszustand, wohl aber der das Strafrecht behandelnde Theil des revidirten preußischen Landrechtes von 1721, als wichtiger Beitrag zur Charakterisirung der preußischen Gesetzgebung jener Zeit einer besonderen Beachtung bedarf.

Welche Gründe es waren, die Friedrich Wilhelm I. zu dem Versuche einer umfassenden Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechtes und Strafverfahrens bestimmten, das spricht der König selbst wiederholt aus. Von Interesse ist in dieser Beziehung besonders die schon im ersten Regierungsjahre des Königs erlassene Allgemein-Ordnung die Verbesserung des Justiz Wesens betreffend vom 21. Juni 1713 [1]), welche eben so sehr alle die Klagen, welche damals über die Mängel in der Handhabung der Civil- und Strafrechtspflege laut wurden, als auch die Art, wie der König seine rechtliche wie sittlich-religiöse Pflicht einem solchen Zustande gegenüber auffaßte, sehr genau ausspricht. Ohne irgend eine wesentliche Umgestaltung des Bestehenden zu versuchen, ist die Absicht des Königs, zunächst nur die strengste Handhabung der Gesetze einzuschärfen und von ihr jeden fremdartigen und hemmenden Einfluß abzuwehren. Darum werden Anordnungen getroffen, um die Gerichte gegen Beeinträchtigung ihrer Gerichtsbarkeit von Seiten anderer Behörden, wie auch gegen Cabinetsbefehle des Königs selbst, zu schützen; Anordnungen, um den König vor der Versuchung zum Erlasse solcher Befehle zu bewahren, indem durch Strafen der allgemeinen Gewohnheit des Volkes in den Gang der Justiz eingreifende königliche Machtbefehle zu erwirken, entgegen getreten wird; Vorschriften und Anweisungen werden gegeben, durch welche für genügende Qualifikation der richterlichen Beamten gesorgt, der Prozeßgang beschleunigt, Unregelmäßigkeiten und Fehler im Verfahren abgestellt, richterlicher Willkür vorgebeugt, die Prozeßsucht und Vervielfältigung der Rechtsstreite gehemmt werden soll. Endlich aber kündigt schon hier der König seine Absicht an, fernerhin

1) Mylius II. Abth. 1. No. 131.

auch auf dem Gebiete des materiellen Rechtes gesetzgebend aufzutreten, um die Fehler und Gebrechen abzuschaffen, welche aus der Verschiedenartigkeit der Rechtsquellen und der daraus entspringenden Rechtsunsicherheit hervorgehen. Wenn deshalb die „Regierungen und andere Collegia" aufgefordert werden, „die „Casus dubios zu colligiren und cum rationibus dubitandi et de„cidendi zur Decision einzusenden" so diente hierbei augenscheinlich die damalige Methode der Doctrin, wie namentlich das in Churſachsen bei Erlaß der churſächsischen Decisionen beachtete Verfahren, zum Vorbilde. Damit ist zugleich der Standpunkt der strafrechtlichen Gesetzgebung Friedrich Wilhelms I. charakterisirt.

Schon im Jahre 1663 hatte Churfürst Friedrich Wilhelm eine Commission eingesetzt mit dem Auftrage darüber zu berathen, ob es nicht dienlich sei, „daß eine rechte Verfassung aufgesetzet „werde, danach die Criminal-Processus von Jedermänniglichen „dirigiret werden können", welche Comission denn auch dem Churfürsten einen Entwurf „auf was weise es mit den Inquisitioni„bus anzustellen, damit inskünftige die delicta nicht ungestraft „bleiben, und zwar aufs schleunigste doch den Rechten gemäß „verfahren werde", vorlegte [2]). Aber sowohl unter des Churfürsten, wie unter des Königs Friedrich I. Regierung blieb dieser Entwurf liegen, während die Commission, deren Mitglieder sich Criminalräthe nannten, fortbestand und damit beschäftigt war, die zur Bestätigung eingesandten Criminal-Sachen zu begutachten. Diesem sogenannten Criminal-Collegium wurde 1715 der Auftrag ertheilt, eine Criminal-Ordnung zu entwerfen, aus welchem Entwurfe, nach vorheriger Begutachtung durch das Kammergericht, die Juristenfakultät zu Frankfurt a. d. O., des Generalauditeurs und Generalfiscals die Criminal-Ordnung vom 8. Juli 1717 hervorging [3]), die, anfangs nur für die Mark erlassen, später, mit Ausnahme Schlesiens, wo die Josephinische Peinliche Gerichts-Ordnung bestehen blieb, und Preußens, wo

2) Hymmen Beiträge IV. S. 220.

3) Hymmen a. a. O. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten Bd. IX. S. 160 flg.

Digitized by Google

das revidirte Landrecht von 1721 galt, auch in den anderen preußischen Landestheilen eingeführt wurde [4]).

Dieses, sich lediglich auf den Strafprozeß beziehende, Gesetz bedarf hier einer auf das Einzelne eingehenden Betrachtung um so weniger, als es nicht einmal mittelbar einen Einfluß auf die Umbildung oder Fortentwickelung des Strafrechtes ausübte. Obwohl, mit Ausnahme der 1707 für Böhmen, Mähren und Schlesien erlassenen Josephina, umfangreicher und bedeutender als alle früheren und gleichzeitigen Landesgesetze der Art, trägt es doch im allgemeinen durchaus den Charakter der deutschen Territorialgesetzgebung des 16ten und 17ten Jahrhunderts an sich. Wie diese, hat die preußische Criminalordnung durchweg das gemeine Recht zu ihrer Grundlage, und erstrebt nicht sowohl eine, in Rücksicht auf die besonderen Zustände und Bedürfnisse der Mark etwa erforderlich scheinende, partikularrechtliche Gestaltung des Strafprozesses, als vielmehr eine genauere Feststellung des gemeinrechtlichen Prozesses der damaligen Zeit und eine gesetzliche Entscheidung der mannigfachen Controversen, die um so nöthiger erschien, als der Inquisitionsprozeß seit der Carolina in sehr wesentlichen Punkten eine durch die Gesetzgebung gar nicht vermittelte, lediglich von der Doctrin ausgehende Fortbildung erfahren hatte [5]). Auch in der Beziehung folgt die Criminalordnung dem Beispiele der früheren Zeit, daß sie, auf jede selbständige Schöpfung verzichtend, ganz unmittelbar aus der gemeinrechtlichen Doctrin schöpft. Ihre Grundlage bildet der tractatus iuridicus de inquisitionis processu von Johann Brunnemann, dem bedeutendsten Criminalisten der frankfurter Universität im 17ten Jahrhundert, und zwar namentlich ein, den späteren Ausgaben des 1647 zuerst erschienenen Werkes unter dem Titel: formula aliqua ordinationis criminalis inquisitoriae sine praeiudicio, angehängter Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung. Dieser von Joh. Samuel Stryk, einem Enkel Brunnemanns, 1697 in deutscher Uebersetzung herausge-

4) Biener Gesch. d. Inquisit.-Prozesses. S. 183. Hymmen a. a. O. S. 192. Kleins Annalen I. S. 119.

5) Näheres über Inhalt und Bedeutung der Crim.-Ord. bei Biener a. a. O. S. 183 und Abegg Gesch. des Strafrechtes in Preußen S. 88 flg.

Digitized by Google

gebene, Entwurf wurde durch ein Edikt Friedrichs I. von 1706 wirklich als Norm für das Strafverfahren in Pommern eingeführt [6]), bis er dann später in allen seinen wesentlichen Bestimmungen in die Criminal-Ordnung von 1717 überging.

Diese Criminal-Ordnung sollte aber nur den ersten Theil eines Gesetzbuches bilden, dessen zweiter Theil das Strafrecht umfassen sollte. Schon 1718 war das Criminal-Collegium mit der Bearbeitung dieses zweiten Theiles beschäftigt [7]), und am 5. Juli 1721 übergab der Criminalrath Berger den Entwurf desselben, der aber damals liegen blieb. Im Jahre 1736 erließ der König an das Criminal-Collegium und die Obergerichte einen neuen Befehl [8]), sich mit den Vorarbeiten für ein Strafgesetzbuch zu befassen, durch welchen die Tendenz und der Charakter dieser beabsichtigten Gesetzgebung sehr genau bezeichnet wird. Es heißt hier: „Weilen aus denen einlauffenden Criminal Acten angemerket worden, daß die Judicia keine gewisse Maaße in denen Strafen halten, das arbitrium, insonderheit bei denen Diebstählen und Ehebrüchen, dergestalt misbraucht werde, daß dadurch diesen einreißenden Lastern und Unsicherheiten des Publici gleichsam Thür und Thor geöffnet worden, so haben Wir nöthig gefunden, die Strafen so viel möglich zu determiniren, und darin etwas Gewisses festzusetzen. Befehlen Euch daher in Gnaden, Euch unverzüglich und alle Tage zusammen zu thun, die Peinliche Halsgerichts Ordnung zum Fundament zu nehmen, solche von Articul zu Articul durch zu sehen, über diejenige welche dunkel seyn und eine Erläuterung bedürfen, Euer pflichtmäßiges Gutachten zu eröffnen, diejenigen Strafen, welche aus denen Praesuppositis Catholicorum folgen und bei denen Protestanten keine statt finden, zu ändern, und in denen Fällen, wo die Strafe dem arbitrio Judicis überlassen wird, so viel sich immer thun läßt, solche nach Recht und Billigkeit zu determiniren, und dabei in allen Fällen vor allen auf die schon darüber vorhandenen Landes-Edicta und Verfassungen pflichtmäßig und mit aller Attention zu reflectiren".

6) Ludovici Peinl. Prozeß. Vorrede §. 5.
7) Edikt vom 12. März 1718 bei Hymmen a. a. O. S. 149.
8) Hymmen a. a. O. S. 150.

Digitized by Google

Es liegt die Vermuthung nahe genug, daß man, wie bei dem Strafprozesse, so auch bei dem materiellen Strafrechte, das angeführte Werk Brunnemanns, das im 9ten Kapitel das Strafrecht behandelt, zu Grunde zu legen beabsichtigte. Diese Darstellung des Strafrechtes, obwohl eben so kurz als wissenschaftlich unbedeutend, entspricht der angegebenen Tendenz der Gesetzgebung insofern als ihre ganze Eigenthümlichkeit darin besteht, daß sie, bei ganz kurzer Angabe des Thatbestandes der Verbrechen, im Gegensatze zu der eingerissenen Willkür und ungerechtfertigten Milde der Praxis, möglichst bestimmte Strafen festzustellen sucht. Eine irgend bedeutsame Abweichung von der strafrechtlichen Doctrin der damaligen Zeit findet sich nirgends, vielmehr folgt Brunnemann, unter Berücksichtigung von Damhouder, Farinacius und Decianus, ganz vorzüglich der Autorität Carpzows.

Diese wiederholten Anläufe zu einer Strafgesetzgebung blieben zunächst ohne Erfolg, wie denn auch ein die herrschenden Mängel wirklich und vollständig beseitigendes Ergebniß eines solchen Gesetzgebungsaktes damals überhaupt nicht zu erwarten war. Waren diese Mängel überwiegend aus dem eigenthümlichen Entwickelungsgange der Strafrechtswissenschaft erwachsen, so war die Voraussetzung für ihre Beseitigung der, im Anfange des 18ten Jahrhunderts noch nicht eingetretene vollständige Bruch der Doctrin mit dem Standpunkte des 17ten Jahrhunderts und insbesondere Carpzows. Den Beweis dafür giebt das revidirte preußische Landrecht von 1721.

„Friedrich Wilhelms Königes in Preußen Verbessertes Land„recht des Königreichs Preußen" ist eine Revision und Umgestaltung des 1620 verfaßten und 1682 revidirten Landrechtes. In Bezug auf den älteren, 1721 reformirten Rechtszustand Preußens können hier wenige Bemerkungen genügen [9]). Daß auch in Preußen, mit gänzlicher Beseitigung der rohen Anfänge eines nationalen Rechtes seiner ursprünglichen Bewohner, durch den herrschenden Orden und die deutschen Colonisten überall germanisches Recht verbreitet wurde, ist genügend bekannt, und ebenso, daß

9) Näheres darüber findet sich bei Abegg a. a. O. S. 106 flg.

Digitized by Google

das sächsische, insbesondere das magdeburgische Recht die Form war, in welcher seit dem 13ten Jahrhundert das deutsche Recht hier überall Verbreitung fand.

Seit der Mitte des 14ten Jahrhunderts erlangte, durch die Bemühungen des Ordens, welcher aus Deutschland und Italien Rechtsgelehrte nach Marienburg berief und auch zu Culm eine Universität zu gründen beabsichtigte, auf welcher Rechtswissenschaft nach der Art der Juristen von Bologna gelehrt werden sollte, allmälig das römische und canonische Recht Eingang und Verbreitung, so daß der Rechtszustand Preußens durchaus auf denselbigen Grundlagen beruhte, wie der des übrigen Deutschlands. Da seit dem Ende des 15ten Jahrhunderts die lockere Verbindung des Ordenslandes mit dem deutschen Reiche sich thatsächlich völlig löste, so wurde auch in Preußen die Carolina als rechtsverbindlich nicht angesehen, so daß das Strafrecht hier fortdauernd nur auf den übrigen gemeinrechtlichen Quellen beruhte. Gerade dieser Umstand mochte hier vielleicht mehr als sonst wo in Deutschland schon früh eine umfassende Strafgesetzgebung nöthig machen, die darum in dem 1620 publicirten preußischen Landrechte enthalten war. Auch hier wird die Carolina, obwohl ihr bedeutsamer Einfluß nicht zu verkennen ist, doch wenigstens nicht formell als Quelle des Strafrechtes anerkannt, während die Bestimmungen des Strafprozesses aus Damhouders die Carolina nicht beachtender Praxis rerum criminalium entnommen sind [10]).

Für das sechste, den Strafprozeß und das Strafrecht behandelnde, Buch des verbesserten preußischen Landrechtes von 1721 ist jedoch alles Frühere von sehr geringer Bedeutung, denn während die 5 ersten Bücher sich wirklich als eine Revision des, das Privatrecht und den Civilprozeß behandelnden, Theiles des Landrechtes von 1620 darstellen, ist das sechste Buch eine neue, das ältere Landrecht sehr wenig berücksichtigende Schöpfung.

Die 4 ersten Titel des sechsten Buches enthalten eine Strafprozeß-Ordnung, die sich im wesentlichen und zum größten Theile wörtlich an die brandenburgische Criminal-Ordnung von 1717

10) Nachgewiesen von Biener a. a. O. S. 164.

Digitized by Google

anschließt. Daß die letztere nicht, wie es in anderen Landestheilen geschah, auch in Preußen unmittelbar publicirt wurde, hatte seinen Grund theils darin, daß hier auf die Verschiedenheit in der Gerichtsverfassung Rücksicht genommen werden mußte, theils darin, daß in Preußen, in freilich sehr beschränkter Weise, das accusatorische Verfahren fortbestand, theils endlich darin, daß hier die Carolina nicht als subsidiäre Rechtsquelle galt und daß deshalb für Preußen manche Anordnungen erforderlich erschienen, die in der Mark und den anderen Landestheilen durch die Carolina schon festgestellt waren [11]). Hieraus erklären sich auch die einzelnen Abweichungen von der brandenburgischen Criminal-Ordnung.

Von größerem Interesse sind die, das materielle Strafrecht behandelnden Titel 5 bis 12, und zwar als ein Zeugniß dafür, was in damaliger Zeit von der beabsichtigten und nicht vollendeten Strafgesetzgebung für die übrigen Landestheile des brandenburgisch-preußischen Staates zu erwarten gewesen wäre.

Was zunächst die hier benutzten Quellen betrifft, so hat schon Abegg [12]) mit Recht darauf hingewiesen, in welch' bedeutendem Umfange die Carolina, und zwar oft wörtlich, benutzt worden ist [13]). Auch die Anordnung der einzelnen strafrechtlichen Lehren ist im wesentlichen der Carolina entnommen, und wo sich Abweichungen von dieser vorfinden, erklären sie sich dadurch, daß man dann einer anderen Quelle folgte. Eine solche sind nämlich die churſächsischen Constitutionen, welche, wie schon gezeigt wurde, in der Mark längst in die strafrechtliche Praxis übergegangen waren. Der vierte, das Strafrecht betreffende, Theil derselben ist zum bei weitem größten Theile, und gleichfalls meist wörtlich, in das preußische Landrecht aufgenommen [14]). Endlich aber

11) Zu vergleichen ist Abegg a. a. O. S. 117 flg.

12) A. a. O. S. 121 flg.

13) Beispielsweise sind zu vergleichen: tit. V. art. 2. §. 2 u. 6 mit Carol. 107. art. 6. §. 7 mit Carol. 127. art. 8. §. 2 mit Carol. 111. tit. VI. art. 8 mit Carol. 134 u. 37. art. 10. §. 2 mit Carol. 148. art. 14. §. 2 mit Carol. 140. tit. VII. art. 6 mit Carol. 119. art. 7 mit Carol. 116. tit. VIII. art. 4 mit Carol. 166.

14) Zu vergleichen sind besonders folgende Stellen aus dem sechsten Buche des Landrechtes mit den Const. Sax.: tit. V. art. 3. §. 1—4 mit IV. 48. tit. VI. art. 2. §. 7 mit IV. 6. art. 5 mit IV. 3. art. 7 mit IV. 4. art. 9 mit IV. 5.

Digitized by Google

läßt es sich von vorn herein vermuthen, daß nicht bloß jene älteren Gesetzeswerke, sondern auch die das Strafrecht seit der Carolina bis ins 18te Jahrhundert so bedeutsam fortbildende Doctrin, insbesondere die Werke der sächsischen Juristen, beachtet und benutzt wurden. Wenn nun aber das Bedürfniß einer solchen Gesetzgebung nur durch die aus der Doctrin erwachsenen und in die strafrechtliche Praxis übergegangenen Mängel und Willkürlichkeiten geweckt worden war, wenn man sich erinnert, mit welcher Entschiedenheit der König den Zustand der Praxis seiner Zeit als eine sein Gewissen beschwerende Last beklagt, so ist es gewiß wunderbar, wenn das Ergebniß aller Bemühungen kein anderes war, als das hier vorliegende. Die Hauptquelle dieser preußischen Strafgesetzgebung ist nämlich nichts anderes, als Carpzows Practica, und zwar in dem Umfange, daß sie geradezu als eine wörtliche Uebersetzung der mit Geschick ausgesuchten entscheidenden Stellen der einzelnen Quästionen Carpzows, aus denen nur die langen wissenschaftlichen Untersuchungen weggelassen sind, genannt werden darf [15]).

Es wird hiernach einer besonderen Charakterisirung dieser preußischen Strafgesetzgebung nicht bedürfen, und nur die Frage möge noch besonders aufgeworfen werden: ob und in welchem Maße von dem Standpunkte aus, den man durch die Benutzung der angegebenen Quellen nun einmal gewählt hatte, es versucht worden ist, den herrschenden und beklagten Mängeln der Praxis zu begegnen? In dieser Beziehung läßt es sich nun nicht leugnen, daß, wenn man sich über die Auffassung und Methode der Doctrin des 17ten Jahrhunderts nicht zu erheben vermochte, es

art. 10. §. 3—6 mit IV. 7. art. 14 mit IV. 7. art. 17. §. 2 mit IV. 13. §. 3 mit IV. 14—16. art. 19 mit IV. 17. art. 20 mit IV. 18. tit. VII. art. 1 mit IV. 19. art. 2 mit IV. 20. art. 3 mit IV. 26. 27 u. 39. art. 4 mit IV. 30. tit. VIII. art. 1. §. 8 mit IV. 23. Namentlich ist also auch die von Abegg als eigenthümlich hervorgehobene Strafbestimmung für die, welche zur Zeit der Pestilenz die Kranken umbringen u. s. w., zwar vielleicht veranlaßt durch die 1710—1713 herrschende Pest, aber doch nicht neu, sondern wörtlich den sächs. Constit. entnommen.

15) Es ist nicht erforderlich, im Einzelnen die Artikel des Landrechtes mit Carpzows Practica zu vergleichen, da man fast bei jedem beliebigen Artikel nur die das fragliche Verbrechen behandelnde quaestio aufzuschlagen braucht, um sich von der völligen und meist wörtlichen Uebereinstimmung zu überzeugen.

Digitized by Google

jedenfalls bereits ein großer Gewinn war, wenn wenigstens Mißbräuche und Willkürlichkeiten beseitigt und Controversen dadurch entschieden wurden, daß die strafrechtliche Praxis auf dem Wege der Gesetzgebung an die Autorität Carpzows gebunden, und damit doch einigermaßen einheitlich und gleichmäßig gestaltet wurde.

Dem äußeren Anscheine nach leistet auch das verbesserte preußische Landrecht, in Bezug auf Feststellung genauerer Strafbestimmungen und Entscheidung von Controversen, nicht wenig, indem häufig genug einzelne Anordnungen durch die Absicht Zweifel und Streitigkeiten abzuschneiden motivirt werden. Bei näherer Betrachtung findet sich aber fast stets, daß hierbei etwas Neues und Eigenthümliches nicht geleistet, sondern nur nach dem Vorgange Carpzows entschieden wurde. Besonders bemerkenswerth aber ist es, daß in einem Punkte, in welchem das Bedürfniß eines Eingreifens der Gesetzgebung zunächst lag, und in welchem diese, auch ohne sich im wesentlichen über den Standpunkt der Zeit irgend zu erheben, Bedeutendes hätte leisten können, über alle Erwartung wenig geleistet ist. Es ist schon früher darauf hingewiesen worden, daß viele Strafübel der Carolina in den einzelnen deutschen Territorien überhaupt niemals in die Praxis übergegangen, daß ferner allmälig fast alle Strafbestimmungen der Carolina in einen, von der Doctrin zu ihrem Nachtheile entschiedenen, Conflikt mit der Gesittung der Zeit gerathen waren, und daß hierin ein wesentlicher Anlaß zu den strafrechtlichen Zuständen des 18ten Jahrhunderts lag. Welches Verdienst hätte sich die Landesgesetzgebung erwerben können, wenn sie die allmälig in Gebrauch gekommenen Strafübel in Bezug auf die Art ihrer Ausführung rechtlich festgestellt, in planmäßiger Weise ihr Verhältniß zu einander geordnet, und für den einzelnen Fall ihr Maß näher begrenzt, und damit ein neues, den Anschauungen und der Gesittung der Zeit entsprechendes, Strafensystem aufgestellt hätte. War dies doch überdies eine Aufgabe, welche, da es sich zugleich um Anordnung neuer, zur Strafvollstreckung bestimmter, Anstalten handelte, nur von der Gesetzgebung und nie von der Doctrin oder Praxis gelöst werden konnte. Statt dessen sucht das Landrecht nur nach der Art Carpzows die Todes-

Digitized by Google

ſtrafen möglichſt zu beſchränken, und verhängt wie dieſer, wo keine Todesſtrafe ſtatt findet, anſtatt der vielen körperlichen Strafen der Carolina, neben der Landesverweiſung, Gefängniß in verſchiedener Form, Spinn- und Zuchthaus, Feſtungsbau, operae publicae, und zwar ſo, daß die nähere Art der Ausführung lediglich dem Herkommen, das Maß der Strafe faſt immer, oft auch die Wahl unter jenen Strafübeln, der Willkür des Richters überlaſſen bleibt.

Schließlich möge noch auf einige Punkte aufmerkſam gemacht werden, in welchen das verbeſſerte preußiſche Landrecht, zwar nicht von ſeinen Quellen gänzlich unabhängig, doch in den einzelnen Beſtimmungen einigermaßen ſelbſtändig iſt. Es ſind dies zuvörderſt, wie ſich bei der vorgeſchrittenen politiſchen Entwickelung des brandenburgiſch-preußiſchen Staates leicht denken läßt, die Beſtimmungen über die politiſchen Verbrechen, wie Hochverrath, Beleidigung des Königs, Widerſetzlichkeit gegen die Obrigkeit und Münzverbrechen. Ferner ſind eigenthümlich die Beſtimmungen über Störung des Gottesdienſtes und Zauberei, die als Wahn verworfen und fernerhin an ſich gar nicht mehr beſtraft werden ſoll, ſondern nur inſofern ein ſolches abergläubiſches Benehmen ſich vielleicht als Blasphemie darſtellen, oder durch Zufügung von Schaden in ein anderes Verbrechen übergehen ſollte. Eine charakteriſtiſche Eigenthümlichkeit iſt endlich das mehrfach hervortretende Streben, durch Anordnungen polizeilicher Natur möglichen Rechtsverletzungen und der Begehung von Verbrechen vorzubeugen [16].

Auch nach dieſen größeren Geſetzeswerken erſchien unter der Regierung Friedrich Wilhelms I. eine Reihe, das Strafrecht und Strafverfahren betreffender, Geſetze [17], die, ohne in irgend einer Beziehung einen weſentlichen Fortſchritt zu begründen, und durchweg den Charakter jener Zeit bewahrend, einer näheren Betrachtung nicht bedürfen.

16) Z. B. tit. V. art. 1. §. 9—10 art. 3. §. 5. tit. VI. art. 8. §. 5. art. 13.
17) Mylius II. Abth. 3. No. 36. 37. 42. 47. 48. 53. 54. 57. 58. 63.

Digitized by Google

Viertes Kapitel.

Das deutsche und preußische Strafrecht im Zeitalter Friedrichs des Großen.

§. 17.

Die Elemente der Fortbildung des Strafrechtes.

Schon vor und während der Regierung Friedrich Wilhelms I. hatte allmälig in der Wissenschaft die Bewegung begonnen, welche einerseits auf die strafrechtliche Praxis in Deutschland in hohem Grade auflösend einwirkte, andererseits die Strafrechtswissenschaft bedeutsam förderte, und für Preußen die Grundlage einer neuen, umfassenden Strafgesetzgebung gewährte. Diese Bewegung beschränkte sich jedoch nicht etwa auf einen isolirt stehenden Fortschritt in der wissenschaftlichen Behandlung des gemeinen deutschen Strafrechtes, sondern mannigfache, aus der gesammten litterarischen Entwickelung der Zeit hervorgehende, Umstände wirkten zusammen, um dieselbe hervorzubringen, und es muß in dieser Beziehung hier wenigstens des Bedeutsamsten gedacht werden.

Die deutsche Strafrechtswissenschaft hatte ihren ersten Impuls von den italienischen Criminalisten erhalten, und auch wenn die Carolina den römischen Rechtsquellen ihre Bedeutung für das gemeine Strafrecht in Deutschland nicht gelassen hätte, würden sich die deutschen Criminalisten nur sehr schwer und allmälig der Herrschaft ihrer Meister und des römischen Rechtes haben entziehen können. Der Aufschwung, den die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechtes seit dem Anfange des 16ten Jahrhunderts, namentlich durch die großen französischen Juristen jener Zeit, nahm, blieb zunächst wenigstens ohne Einfluß auf das Strafrecht, so daß es bis zum Ende des 17ten Jahrhunderts der eigenthümliche Charakter der deutschen strafrechtlichen Doctrin

Digitized by Google

war, in den Fesseln jener geistlosen italienischen Compilatoren gefangen zu sein, die Jahrhunderte lang meist nichts Anderes leisteten, als daß sie den traditionellen Stoff und gelehrten Apparat in eine neue Form gossen, oder mit einigen neuen Citaten und neuen rationes dubitandi et decidendi ausschmückten. Daß diese Fesseln gebrochen würden, war die erste Voraussetzung für eine Umgestaltung der Strafrechtswissenschaft und einen dadurch bedingten Fortschritt der Praxis und Gesetzgebung; sie konnten aber nur gebrochen werden durch eine gründlichere und geistvollere Erkenntniß des römischen Strafrechtes selbst. Von einer solchen Erkenntniß war eine Besserung der deutschen strafrechtlichen Zustände freilich nicht etwa darum zu erwarten, weil erst vermöge derselben eine dem Geiste des römischen Strafrechtes mehr entsprechende und ausgedehntere praktische Anwendung seiner Grundsätze zu erwarten war, sondern vielmehr darum, weil nur eine solche immer tiefer eindringende wissenschaftliche Erkenntniß das Bewußtsein des Widerspruches deutscher rechtlicher und sittlicher Zustände und römischen Rechtslebens zu erwecken, und damit einerseits uns von den uns fremdartigen national-römischen Rechtselementen zu befreien, und andrerseits zugleich die universellen, für alle Zeiten gleich bedeutsamen, Elemente des römischen Rechtes in immer höherem Grade für uns nutzbar zu machen vermag.

Auch für das Strafrecht begann endlich im Laufe des 17ten Jahrhunderts eine solche, von der bisherigen Ueberlieferung sich völlig befreiende, auf gründlicher historischer Forschung und Erkenntniß beruhende, und in ihren eigenthümlichen Geist eindringende wissenschaftliche Behandlung der römischen Rechtsquellen. Sowohl in Betreff seiner wissenschaftlichen Bedeutung überhaupt, als auch seines Einflusses auf die deutsche Strafrechtswissenschaft insbesondere, muß in dieser Beziehung das Werk des Holländers Anton Matthaeus (geb. 1601, gest. 1654) [1] oben angestellt werden, der mit Recht von seinem neueren Herausgeber

1) Antonii Matthaei Commentarius ad Lib. XLVII et XLVIII. Dig. de Criminibus.

Digitized by Google

Nani als Iuris criminalis, ex rectis romanarum legum ac rationis principiis deducti, instaurator bezeichnet wird. Daß er aber schon viel früher, und insbesondere auch in Deutschland als solcher, und als der Befreier von dem drückenden Joche der älteren italienischen Criminalisten betrachtet wurde, dafür legte bereits Thomasius ein sehr bestimmtes Zeugniß ab [2]). Abgesehen von der wissenschaftlichen Bedeutung, durch welche sich das Werk des Matthaeus weit über Alles erhob, was gleichzeitig, namentlich auch durch Carpzow, in Deutschland für das römische Strafrecht geleistet wurde, war es auch für die Verbreitung einer richtigeren Erkenntniß desselben darum viel geeigneter, weil es nicht, wie die Werke der italienischen und deutschen Criminalisten, darauf ausging, das römische Recht für die Zwecke der Praxis zu bearbeiten. Darum hält es sich frei von aller Vermischung mit den Elementen des kirchlichen und germanischen Strafrechtes, und darum auch frei von der Versuchung, der jene stets erlagen, im Interesse der Vereinigung dieser verschiedenen Elemente, und der praktischen Anwendbarkeit, das römische Recht zu verfälschen und zu verstümmeln [3]). Was Matthaeus leistete, kann man sich am leichtesten durch eine Vergleichung mit seinem Zeitgenossen Carpzow vergegenwärtigen, und wenn diese hier zu weit führen würde, so möge nur beispielsweise darauf hingewiesen werden, von welch' bedeutsamem Einflusse es sein mußte, wenn die hergebrachte, von Carpzow vollendete und befestigte, vermeintlich römisch-rechtliche Lehre von der poena ordinaria und extraordinaria, welche die Grundlage für die zuerst in den Strafen und von da nach allen Seiten um sich greifenden Willkür war, durch Matthaeus und seine, im wesentlichen den Quellen ganz entsprechende, Darstellung [4]) der Eintheilung der Verbrechen und Strafen gestürzt wurde.

Nach Matthaeus, und unter seinem Einflusse stehend, waren es am Ende des 17ten und am Anfange des 18ten Jahrhunderts

2) Thomasii tract. iur. de abigeatu §. 5.

3) Nur bei einzelnen Materien wird in abgesonderten Capiteln unter der Ueberschrift de iure municipali des Statutarrechtes und der Praxis gedacht.

4) Matthaeus l. c. Proleg. c. 4 de divisionibus criminum.

Digitized by Google

in Deutschland hauptsächlich Schilter durch seine Exercitationes ad lib. XLVII et XLVIII Dig. in seiner Praxis juris romani, Thomasius durch eine Reihe, das Strafrecht betreffender Dissertationen, Leyser durch seine Meditationes ad Pandectas, welche eine umfassendere und tiefere Erkenntniß des römischen Strafrechtes bedeutsam förderten.

Der nächste Erfolg hiervon war, wie sich von selbst versteht, die Beseitigung einer ganzen Masse aufgehäufter Irrthümer, und der daraus hervorgehende Versuch auch die Praxis, wo sie aus den Quellen des römischen Rechtes zu schöpfen hatte, auf eine strengere Beachtung derselben zurückzuführen. Theils aber gelang, wie sich später noch zeigen wird, dieser Versuch nur in sehr beschränktem Maße, theils wird er an Bedeutung für die weitere Entwickelung des deutschen Strafrechtes weit übertroffen durch einen anderweitigen Erfolg, auf welchen die gleichzeitige Entwickelung der Wissenschaft des deutschen Rechtes von großem Einflusse war.

Was besonders im Laufe des 17ten Jahrhunderts für die Erforschung der Quellen des deutschen Rechtes und die Ausbreitung ihrer Kenntniß geschehen war, darf als bekannt vorausgesetzt werden. Nachdem zuerst das öffentliche Recht durch Conrings Werk de origine iuris Germanici und Puffendorfs Monzambano de statu imperii germanici hieraus seine Früchte gezogen hatte, war es besonders Schilter, welcher zuerst auch für das Privatrecht die Quellen des einheimischen Rechtes nutzbar zu machen suchte, und dem hierin Stryk und Leyser folgten. Aber das gleichsam neu entdeckte nationale Recht würde schwerlich im Stande gewesen sein, sich so schnell in der Wissenschaft eine anerkannte und gesicherte Stellung zu erwerben, wenn ihm nicht die Wissenschaft des römischen Rechtes zu Hilfe gekommen wäre. Je mehr dieses von den Irrthümern, Verfälschungen und Zuthaten befreit wurde, in die es bisher durch Unkenntniß, wissenschaftliche Unfähigkeit, das Streben, es den einheimischen Institutionen anzupassen und für die Praxis zuzubereiten verhüllt war, je mehr es in seiner reinen ursprünglichen Gestalt hervortrat, um so mehr mußte die Erkenntniß seiner nationalen Bedeutung, seines

Digitized by Google

Gegensatzes zu den heimischen Rechtsinstitutionen, und der Nothwendigkeit diese durch wissenschaftliche Ergründung neu zu beleben, wachsen. So kam es, daß schon Schilter sich von zwei Seiten angefochten sah, von Seiten derer, welche es als eine Barbarei betrachteten, den deutschen Rechtsquellen irgend eine wissenschaftliche und praktische Bedeutung beilegen zu wollen, so wie auch von Seiten derer, welche dem römischen Rechte eine noch viel beschränktere Bedeutung beilegen wollten, als er. Zuerst war es Culpisius [5]), welcher Schilters Grundsatz: daß im Falle des Widerspruches das römische dem einheimischen Rechte vorgehe, anfocht und ihm den umgekehrten Grundsatz entgegenstellte, außerdem aber auch den weiteren Beweis unternahm, daß den römischen Rechtsquellen in Deutschland überhaupt nur noch eine sehr geringfügige Anwendbarkeit zukomme, eine Meinung, welche bald nachher Thomasius in seinen annotata ad Institutiones et Pandectas und Georg Beyer in seinen positiones ad Institutiones et Pandectas im Einzelnen durchführten. Freilich war ein solcher Beweis auch für das Privatrecht leicht zu führen, wenn man in den römischen Rechtsquellen, wie hier geschah, die national römischen Elemente von dem unterschied, was, nach der Anschauung jener Zeit, allein dem Naturrechte entnommen sei, und was darum auch in Deutschland nur als naturrechtlicher, nicht als römischer Rechtsgrundsatz seine Anwendung finde [6]). Mit einem viel größeren Scheine von Wahrheit ließ sich aber diese Ansicht von der Unanwendbarkeit des römischen Rechtes jedenfalls in Bezug auf das Strafrecht durchführen, wenn man hierbei überdies, was so nahe lag, den Gesichtspunkt des positiven Rechtes und der Gesetzgebungspolitik nicht allzu scharf sonderte.

Der Erste, welcher allein die Carolina und die deutschen Statutarrechte als Quellen des in Deutschland geltenden Strafrech-

5) Seine pseudonyme Schrift: Conradi Sinceri de Germanicarum legum veterum ac Romani iuris in Republica nostra origine auctoritateque praesenti dissertatio erschien 1682.

6) Diese Ansicht ist besonders durchgeführt in einer, wohl unter dem Einflusse von Thomasius entstandenen und unter seinem Präsidium vertheidigten, Dissertation von Witte: An legum iuris iustinianei sit frequens an exiguus usus practicus in foris Germaniae?

Digitized by Google

tes anerkennt, und die Reception des römischen Strafrechtes völlig leugnet, ist Lohse, ein Schüler von Thomasius, in seiner, unter dessen Präsidium 1709 vertheidigten, Dissertatio de iudice sententiam in causis criminalibus latam ab actis removente. Nach ihm fand aber diese Ansicht viel bedeutsamere Vertreter an Beyer, in seiner Delineatio iuris criminalis von 1714, und Ludovici, in seiner Ausgabe der Carolina von 1716, welche die Anwendbarkeit des römischen Strafrechtes zwar nicht gänzlich leugneten, aber doch auf ein sehr geringes Maß beschränkten. Hierzu kam, daß die protestantischen Criminalisten von Leipzig, Halle und Wittenberg, die jetzt wie früher in der Strafrechtswissenschaft oben an standen, noch viel weniger Anstand nahmen, den strafrechtlichen Grundsätzen des canonischen Rechtes alle Verbindlichkeit abzusprechen, wie dies Thomasius in seinen Dissertationen: de crimine haereseos, de iure principis contra haereticos, de crimine magiae, de iure principis evangelici aggratiandi homicidas etiam dolosos, zur Genüge beweist. Welchen Einfluß diese Ansichten von der Bedeutung der fremden Rechtsquellen, in Verbindung mit dem erwachenden Studium des deutschen Rechtes, auf die Behandlung des Strafrechtes ausübte, davon giebt Kreß in seinem 1721 erschienenen Commentar zur Carolina ein Beispiel. Er selbst bezeichnet es als seine von den bisherigen Commentatoren vernachläßigte Aufgabe: die Carolina geschichtlich und mit Rücksicht auf die deutschen Rechtsquellen zu erläutern, und daß er in solcher Weise Bedeutendes geleistet, daß er alle seine Vorgänger weit übertroffen und den ersten wirklich brauchbaren Commentar zur Carolina geliefert hat, ist längst genügend anerkannt.

Ein wichtiges Moment für die Entwickelung der Strafrechtswissenschaft war endlich das Naturrecht, welches in Deutschland besonders seit dem Ende des 17ten Jahrhunderts, vermöge der von Pufendorf und Thomasius angeregten, heftigen litterarischen Streitigkeiten, einen weit reichenden Einfluß gewann und zu einer, Juristen eben so sehr wie Theologen und Philosophen in Bewegung setzenden, Zeitfrage wurde. Was die drei eigentlichen Begründer der deutschen Naturrechtsschule, Grotius, Pufendorf, Thomasius, unmittelbar für die rechts-philosophische Betrach-

Digitized by Google

tung des Strafrechtes leisteten, ist ziemlich unbedeutend. Sie erörtern nur die Frage nach dem Rechte des Staates zu strafen, die ihrer bekannten Auffassung vom Wesen des Staates gemäß beantwortet wird, und bezeichnen dann in sehr äußerlicher, willkürlicher Weise, und ohne auf das Einzelne tiefer einzugehen, die Zwecke der Strafe. Viel wichtiger war es, daß eine tiefere, speculative Erfassung des Verbrechens und der Strafe durch die von den naturrechtlichen Studien angeregte psychologische Forschung überhaupt, und die philosophische Untersuchung des menschlichen Willens und seines Verhältnisses zur Handlung insbesondere, vorbereitet wurde. Was in dieser Beziehung besonders durch Pufendorf und Thomasius geleistet war, wurde sehr bald für die Zwecke des Strafrechtes nutzbar gemacht, und wenn man die hierher gehörigen Untersuchungen von Köhler [7]), Gundling [8]), und vorzüglich Darjes [9]) mit den ärmlichen, beiläufigen, jeder wissenschaftlichen Begründung und systematischen Gestaltung entbehrenden, Bemerkungen der älteren Criminalisten vergleicht, so wird man, trotz aller zu rügenden Mängel, zugeben müssen, daß damit eine ganz neue Epoche für die wissenschaftliche Behandlung des Strafrechtes begründet war.

Wie es aber eine, dem kritischen und gegen jede Autorität oppositionellen Charakter des 18ten Jahrhunderts entsprechende, Erscheinung war, daß die unbedingte Autorität des römischen Rechtes gebrochen wurde, und daß man, in übergroßer Eile sich gänzlich von ihm zu befreien, alles Interesse dem Naturrechte zuwandte, welches dem Individuum die Befriedigung gewährte, frei von jeder Autorität, sich schöpferisch verhalten zu können, so war es auch eine nothwendige Folge, daß die Naturrechtswissenschaft die kritische Betrachtung des positiven Rechtes hervorrief, und, indem sie die erforderlichen Kriterien dazu herlieh,

---

7) Köhler iuris naturalis exercitationes. Exercit. III. de imputatione morali.

8) Gundling ius naturae et gentium c. 4. de applicatione iuris ad factum seu imputatione.

9) Daries Instit. iurisprudentiae universalis c. 4—5. Observationes iuris natur. Observ. 12—15.

Digitized by Google

dieſe außerordentlich förderte, eine Betrachtungsweiſe, welche ſich um ſo leichter auch da einmiſchte, wo ſie nicht hingehörte, als man das Naturrecht ſelbſt als ſubſidiäre Quelle des poſitiven Rechtes betrachtete. Welche Verdienſte in ſolcher Weiſe auf dem Gebiete des Strafrechtes beſonders Thomaſius durch ſeinen Kampf gegen die Tortur, die Heren- und Ketzer-Prozeſſe, ſich erworben hat, iſt bekannt genug. Namentlich zu erwähnen iſt aber eine 1712 erſchienene, und ſpäter zu gleichen Zwecken vielfach benutzte, Schrift von Jacob Fischer de poenarum humanarum abusu. Er bekämpft das beſtehende Strafrecht theils, weil Strafen bei Handlungen angewandt werden, die überhaupt nicht ſtrafbar ſeien, wie Zauberei, Ketzerei, Gotteslästerung und ſonſtige, gegen die Religion verſtoßende Handlungen; theils, weil die Strafen nicht geeignet ſeien, ihrem Zwecke, nämlich Sicherung der bürgerlichen Geſellſchaft und Beſſerung des Verbrechers, zu genügen, wohin er alle Ehren-, Freiheits- und verſtümmelnde Strafen rechnet; theils, weil nach ſeiner Meinung die Strafen, wie namentlich die qualifizirten Todesſtrafen, das gerechte Maß der Strafbarkeit überſchreiten; theils endlich, weil ſelbſt die an ſich gerechte Strafe ſehr oft in der Art ihrer Anwendung durch Willkür und ſonſtige ſchlechte Leidenſchaften der Richter corrumpirt würden. So tritt uns ſchon hier, indem außer der auf wenige Fälle beſchränkten Todesſtrafe nur noch die Geldſtrafe als zuläſſig anerkannt wird, neben der kritiſchen die flach rationaliſtiſche Tendenz und die falſch verſtandene Humanität, durch welche ſich das 18te Jahrhundert charakteriſirt, entgegen.

Dieſe kritiſche Richtung, welche nicht bloß die tiefere Erkenntniß der Quellen des poſitiven Rechtes, ſondern überwiegend das Naturrecht, d. h. in Wahrheit meiſt die zufällige, individuelle Meinung, zu ihrem Kriterium macht, dieſer Rationalismus, welcher, von einer ſehr äußerlichen und willkürlichen Zweckbeſtimmung ausgehend, danach die Strafen und das ganze Strafrecht zu geſtalten ſucht, dieſe weichliche Humanität, welche jeden ſittlichen Ernſt vernichtet, überall das Schwerdt der Gerechtigkeit abſtumpft, und, um nicht zu ſtrafen, lieber durch die ausgedehnteſte polizeiliche Bevormundung das Verbrechen verhüten will,

das ist vom Beginn des 18ten Jahrhunderts an der gemeinsame Charakter der gesammten criminalistischen Litteratur.

§. 18.

Der Zustand der strafrechtlichen Praxis.

Wenn es sich fragt, welches die Erfolge dieser von Seiten der Wissenschaft des römischen, des deutschen und des Naturrechtes dem Strafrechte reichlich zuströmenden Elemente der Fortbildung waren, so sind diese, in Betreff der gemeinrechtlichen Praxis, als durchaus verderbliche zu bezeichnen. Daß die Autorität Carpzows völlig gebrochen, daß er, der für seine Zeit so Bedeutendes geleistet, jetzt verachtet, daß er jetzt als grausam und barbarisch angefeindet wurde, während er selbst schon überall die gesetzliche Strafe abzuschwächen bemüht war, das konnte weder befremden, noch wäre es zu bedauern gewesen, wenn jetzt an die Stelle des seinigen ein neues wissenschaftliches System des Strafrechtes, das sich eine gleiche Autorität zu erwerben vermocht hätte, getreten wäre. Aber obwohl die Fortschritte in der Erkenntniß der fremden wie einheimischen Quellen des Strafrechtes hierzu reiches Material lieferten, obwohl von dem Einflusse der blühenden Naturrechtswissenschaft eine viel vollendetere philosophische Durchdringung und systematische Gestaltung zu erwarten war, obwohl es dem 18ten Jahrhundert nicht an Criminalisten fehlte, die Carpzow an wissenschaftlicher Befähigung weit übertreffen, so war dennoch jene Zeit gänzlich unfähig, ein solches, die Praxis leitendes und beherrschendes, System hervorzubringen, weil nicht bloß die Autorität Carpzows, sondern die des positiven Rechtes selbst gebrochen war, und weil die Doctrin, vom Strome der Zeitmeinung mit fortgerissen, und, trotz aller wissenschaftlichen Erkenntniß, selbst ohne festen positivrechtlichen Halt, auch der Praxis einen solchen nicht leihen konnte.

Beruhte die schon im 17ten Jahrhundert eingerissene Willkür auf Unkenntniß, Irrthum und dem unbewußten Streben, die Quellen durch künstliche und gewaltsame Interpretation mit den Bedürfnissen und Anschauungen der Zeit in Einklang zu bringen, so herrschte dieselbe im 18ten Jahrhundert nicht nur fort, son-

Digitized by Google

dern wurde eine immer ſchrankenloſere und vollkommen bewußte. Nicht das war der Erfolg der fortgeſchrittenen Erkenntniß der Quellen, daß man zu einer ſtrengeren Beobachtung derſelben zurückgekehrt wäre, ſondern daß man, mit vollem Bewußtſein von ihnen abweichend, durch den Ausſpruch: die Praxis habe den geſetzlichen Thatbeſtand eines Verbrechens in dieſem oder jenem Momente, die geſetzliche Strafe ſo oder ſo umgewandelt, Alles gerechtfertigt glaubte, obwohl die Beobachtung, daß eine ſolche vermeintliche gemeinrechtliche Praxis gar nicht exiſtirte, daß ſie nur eine Beſchönigung abſoluter richterlicher Willkür war, ſo außerordentlich nahe lag. Sowohl in Betreff dieſes Zuſtandes der Praxis, wie des Verhaltens der Doctrin zu ihr, iſt beſonders Leyſer ſehr lehrreich. Daß die Richter eine wirklich geſetzgebende Gewalt ausüben, erkennt er nicht bloß als eine Thatſache, ſondern auch als etwas Unvermeidliches und in ſich Gerechtfertigtes vollkommen an [1]), denn, ſagt er, um ein in bewußter Weiſe vom Geſetze abweichendes Urtheil des wittenberger Schöppenſtuhles zu rechtfertigen, torrente abripimur. Si secundum leges contra tyrannidem praxeos iudicamus, sententiam nostram ab eo, quem damnamus, oppugnatum ac ab allis ICtis correctum iri, certi sumus. Ridiculum ergo et plusquam Catonianum foret, legibus nihil profutura constantia inhaerere. Selbſt deſſen iſt ſich Leyſer wohl bewußt, daß es ſich hier nicht um die Befolgung eines, das Geſetz modificirenden, wirklichen Gewohnheitsrechtes, ſondern nur um eine bewußte Abweichung vom Geſetze zum Zwecke der Strafmilderung handelt; denn, fügt er in Betreff jenes Urtheils hinzu: ratio decidendi unica est auctoritas Wesenbecii. Quae quidem an contra legem imperii sufficiat, merito dubitat Schilterus. At Schilterus legem communibus pragmaticorum suffragiis ad tenebras damnatam, in lucem retrahere frustra laborat. Quam ob rem cordatiores potius usum fori et collegiorum consensum sequuntur, quam irrito conatu secundum leges respondent. Wenn aber die Praxis eines aus Mitgliedern der juriſtiſchen Fakultät zu Wittenberg zuſammen geſetzten Schöppenſtuhles ſich

1) Spec. DLIV ad lib. XLVII. tit. XV. de praevaricatione §. 31.

Digitized by Google

von derartigen Grundsätzen leiten ließ, so läßt es sich leicht denken, welchen Einfluß der Umstand ausüben mußte, daß im Laufe des 18ten Jahrhunderts die criminalistische Praxis zum großen Theile von den Fakultäten und Schöppenstühlen an die Landesgerichte überging, deren Mitgliedern es häufig genug an der ausreichenden juristischen Bildung fehlte.

Diese, die Praxis jedes positivrechtlichen Haltes beraubende, Strömung des Zeitgeistes war aber so stark, daß auch die Doctrin, und selbst in ihren tüchtigsten Vertretern es kaum wagte, ihr Widerstand zu leisten. Allerdings bekämpft z. B. Leyser nicht selten Carpzow und die von ihm veranlaßte zu milde und vom Gesetze abweichende Praxis [2]), aber freilich wagt er es augenscheinlich nur da, wo er es nach Maßgabe der Zeitmeinung glaubt thun zu können, und thut es nicht, weil die härtere Strafe die gesetzliche ist, sondern weil sie nach seiner Ansicht die entsprechende und darum nicht durch die Künste der Interpretation zu beseitigen ist [3]). In anderen Fällen findet er es dagegen ganz in der Ordnung, wenn die Doctrin das Gesetz völlig hinweg interpretirt [4]), und giebt in seiner Behandlung des Hochverrathes, besonders im Spec. DLXXII de iudicio in ministrum principis delinquentem, und dem darauf folgenden: quo perduelles indicta causa puniri posse ostenditur, ein Beispiel davon, bis zu welch' unglaublichem Grade gesetzloser Willkür die Doctrin sich in den der Praxis ertheilten Rathschlägen verirren konnte. Nicht nur, daß er „propter salutem publicam“ im Verfahren wie in der Bestrafung jede Willkür gerechtfertigt findet, und sie, statt mit Ge-

2) Z. B. Spec. DXXXV ad lib. XLVII. tit. II de iniusta in fures indulgentia. Spec. DXXXVI de furtis violentis. Spec. DXCVI ad lib. XLVIII. tit. VIII. homicidium crimen irremissibile esse.

3) So lautet z. B. die 2te und 3te Thesis des angeführten Spec. de iniusta in fures indulgentia folgendermaßen: Ea poena (suspendii) non dura sed optima et aequissima est. Igitur interpretationibus molliri non debet. Im Spec. DLXVII lautet die Thes. XX: Amputatio digitorum in periuriis statuta iusto durior non est atque male communiter interpretationibus forensibus mitigatur.

4) So sagt er Spec. DLVIII de termino moto §. 2 in Bezug auf art. 114 der Carol: Verum Carolus hanc legem suam adversus ICtos munire non potuit, qui interpretamentis suis eam sic infirmarunt, ut nullus eiusdem usus supersit.

Digitized by Google

setzesstellen, mit historischen Beispielen und politischen Raisonnements belegt, sondern er scheut sich auch nicht, einem Fürsten den, wie er meint, im Naturrecht begründeten Rath zu ertheilen: einen hochverrätherischen Minister, den man nicht ohne Gefahr vor Gericht stellen und öffentlich strafen könnte, heimlich vergiften zu lassen; er unternimmt es „contra trium saeculorum calumnias" den Satz zu vertheidigen, daß jeder Privatmann das Recht habe, einen Hochverräther, den er nicht ohne Gefahr glaubt anklagen zu können, heimlich zu ermorden. Wenn sich andere Criminalisten des 18ten Jahrhunderts von solchen Ausschweifungen frei hielten, so liegt der Grund nur in ihren zufälligen persönlichen Neigungen und Ansichten, während ihr wissenschaftlicher Standpunkt ganz derselbe bleibt, so daß auch Männer wie Hommel, Engau, Böhmer, Meister, Quistorp [5]), nie anstehen, bald mehr, bald weniger, bald offener, bald versteckter die Forderungen des Gesetzes denen des Zeitgeistes und der eigenen Ansicht zum Opfer zu bringen.

§. 19.

Die Wissenschaft und ihre Forderungen an die Gesetzgebung.

Wie traurig und gänzlich anarchisch der Zustand der strafrechtlichen Praxis im 18ten Jahrhundert auch immer erscheinen mag, wie viel immer die Doctrin zur Herbeiführung eines solchen Zustandes beigetragen hat, wie verkehrt das Verhältniß sein mochte, in welches allmälig die Doctrin zum positiven Rechte gerathen war, so läßt es sich doch nicht leugnen, daß die Wissenschaft unter der Einwirkung derselbigen Elemente, aus denen das Verderben der Praxis erwuchs, eine mächtige Förderung erfuhr. Die Möglichkeit aber, daß in solcher Weise eine mehr und mehr in Willkür versinkende Praxis und eine sich lebendig fortentwickelnde Doctrin neben einander hergehen konnten, beruht auf denselben Gründen, aus denen sich die Erscheinung erklärt, daß die Formen des gesammten sittlichen, socialen, rechtlichen

5) Zu vergleichen ist hierüber Wächter a. a. O. S. 132 flg.

und ſtaatlichen Lebens des deutſchen Volkes in völliger Auflöſung und Verweſung begriffen waren, und daß dennoch dies Leben ſelbſt, nichts weniger als in ſich erſchöpft, nur danach ſtrebte, neue Formen aus ſich zu erzeugen.

Charakteriſtiſch iſt es darum für die ſtrafrechtliche Litteratur des 18ten Jahrhunderts, daß ſie ſich auch äußerlich von der Praxis völlig ſchied. Leyſer war der letzte Criminaliſt, der noch überwiegend im Sinne ſeiner Vorgänger für die Praxis ſchrieb und ſie für die Doctrin zu benutzen verſuchte; in welcher Weiſe und mit welchem Erfolge, das iſt bereits gezeigt worden. Nach ihm treten an die Stelle der für die Praxis beſtimmten umfaſſenden Syſteme und Quellen-Commentare, die aus dem Bedürfniſſe des wiſſenſchaftlichen Unterrichtes an der Univerſität erwachſenen Compendien, unter denen die von Böhmer, Engau, Meiſter, Koch und Quiſtorp als die bedeutenderen zu nennen ſind. Sie alle kommen darin überein, daß ſie auf den Verſuch, die Grundſätze des poſitiven Strafrechtes, wie ſie ſich ihrer wiſſenſchaftlichen Erkenntniß darſtellten, auch als die praktiſch anwendbaren zu bezeichnen und irgendwie eine Vereinigung der Doctrin und Praxis herbei zu führen, gänzlich verzichten. Das poſitive Strafrecht erſcheint ihnen vielmehr als ein todter, überlieferter Stoff, der faſt nur noch das Intereſſe einer geſchichtlichen, und beſonders dogmengeſchichtlichen, Betrachtung darbietet. In dieſer Behandlungsweiſe machen ſich nun auch die bedeutſamen Fortſchritte der Wiſſenſchaft des römiſchen wie einheimiſchen Rechtes bemerkbar, ſo daß beſonders die Werke von Engau und Böhmer, von Anderem abgeſehen, auch in der Behandlung der Quellen des poſitiven Rechtes alles Frühere weit überragen, obwohl freilich hin und wieder auch bei ihnen, und bei anderen, wie z. B. bei Quiſtorp, in noch reicherem Maße, ſich die Befangenheit der Zeitanſichten geltend macht. In rein äußerlicher Weiſe, ohne alle wiſſenſchaftliche Begründung oder Rechtfertigung, werden dann aber jeder einzelnen Materie die abweichenden Grundſätze der gemeinrechtlichen Praxis und des Partikularrechtes hinzu gefügt, ſo daß zwei ganz getrennte, und nur in einzelnen Punkten übereinſtimmende, ſtrafrechtliche Syſteme, das abgeſtorbene, poſitiv-

Digitized by Google

rechtliche, das nur noch eine doctrinäre Existenz hatte, und das lebendige, in der Praxis wirksame, neben einander her gingen.

Ein zweiter Punkt, in welchem, vermöge der geschilderten Einflüsse des Naturrechtes, sich ein nicht hoch genug anzuschlagender Fortschritt der Wissenschaft kund gab, war die Entwickelung der so genannten allgemeinen Lehren des Strafrechtes. Schon Matthaeus war in der festen Unterscheidung der allgemeinen strafrechtlichen Lehren und der dogmatischen Darstellung der einzelnen Verbrechen voran gegangen. In Deutschland folgt ihm hierin zuerst Böhmer, und nach ihm, schon bei Engau, wird der Inhalt dieses allgemeinen Theiles immer reicher und bedeutsamer. Neben einer geschichtlichen Einleitung in Betreff der Quellen und Litteratur enthält derselbe regelmäßig die Grundsätze der criminalistischen Zurechnung. Wenn es hier darauf ankommt, nicht sowohl rechtliche als ethische Begriffe zu entwickeln, die, obwohl jede Gesetzgebung von einer eigenthümlichen, ihrer Zeit entsprechenden, Auffassung derselben ausgehen wird, doch an sich vom Rechtsgesetze und von der legalen Feststellung durch dasselbe unabhängig sind, so wird es einleuchten, daß ein Zeitalter, welches überhaupt danach strebte, sich möglichst frei von jeder positiven Norm zu bewegen, sich gerade auf diesem Gebiete heimisch fühlen mußte. Hierzu kam aber, daß bisher die Doctrin noch nicht einmal das, was schon die Carolina in Betreff der Zurechnungslehre geleistet hatte, vollständig erfaßt und wissenschaftlich gestaltet hatte, was sich aus der Abhängigkeit von den italienischen Criminalisten und dem römischen Rechte, das, von ganz anderen sittlichen Anschauungen ausgehend, selbst niemals zu einer einheitlichen Gestaltung dieser Lehre gelangt war, genügend erklärt. Erst wenn man sich vergegenwärtigt, wie bis in die erste Hälfte des vorigen Jahrhunderts die aller einfachsten, uns freilich sehr geläufigen und als völlig fest stehend erscheinenden Begriffe, obwohl man schon seit Jahrhunderten mit ihnen operirte, noch gänzlich schwankende waren, die, weil man sie als bekannt voraussetzte und einer wissenschaftlichen Untersuchung nicht würdigte, unvermerkt und alle Augenblicke ihre Gestalt und Bedeutung wechselten, dann erst wird man in vollem Maße das Verdienst des

Digitized by Google

vorigen Jahrhunderts anerkennen und zugeben, daß wir nicht früher als in der Mitte und zweiten Hälfte desselben die Grundlagen des gegenwärtigen Zustandes dieses Theiles der Strafrechtswissenschaft zu suchen haben.

Neben der Zurechnungslehre war es besonders die Lehre von der Anwendung der Strafe auf das Verbrechen, von der Schärfung, Milderung und Verwandlung der Strafe, von der Concurrenz der Verbrechen und deren Einfluß auf die Strafe, von den Gründen des Wegfallens der Strafe, welche im allgemeinen Theile erörtert wurde, eine Lehre, deren wissenschaftliche Begründung um so wichtiger war, als gerade auf diesem Gebiete bisher Praxis und Doctrin sich in schrankenlosester Willkür bewegt hatten.

Endlich aber äußerte auch die strengere rechtsphilosophische Bildung der Juristen einen sehr vortheilhaften Einfluß auf die Darstellung der einzelnen Verbrechen, indem besonders der Thatbestand der Verbrechen schärfer und mehr in der Form begrifflicher Allgemeinheit erfaßt, und damit die überwiegend casuistische Methode der früheren Zeit abgeschnitten wurde, der einzige Weg, auf welchem zur wirklichen Herrschaft über die Masse der individuell verschiedenen Formen desselben Verbrechens zu gelangen, und der Mißbrauch der Strafschärfungs- und Milderungsgründe und die völlige Maßlosigkeit der Strafe, die aus dem Mangel solcher Beherrschung hervorging, zu beseitigen war.

Welches aber auch die Verdienste der Wissenschaft sein mochten, so führte doch nothwendig diese Trennung der Doctrin und Praxis, die wissenschaftliche Behandlung eines fast gänzlich unpraktischen Rechtes, und die praktische Handhabung eines Rechtes, dessen positivrechtlicher Gehalt sich zum größten Theile verflüchtigt hatte, und das man, wie Klein [1]) es aussprach, nur noch als ein, auf deutsche Sitten und Verfassung angewandtes natürliches Recht betrachtete, zu einem so unhaltbaren und unleidlichen Zustande, daß die Wissenschaft nunmehr ganz von selbst sich das höhere Ziel stecken mußte, durch Vorbereitung einer neuen

1) Vorrede zu seinen Grundsätzen des gemeinen deutschen peinlichen Rechtes.

Digitized by Google

Strafgesetzgebung den gegebenen Zustand völlig zu beseitigen. Dieses Streben einer kritischen, philosophischen Untersuchung der höchsten Principien des Strafrechtes, zum Zwecke einer neuen, planmäßigen, weniger auf historischen als vielmehr rechtsphilosophischen Grundlagen beruhenden, Gesetzgebung beschäftigte in der zweiten Hälfte des 18ten Jahrhunderts die Wissenschaft und die öffentliche Meinung von ganz Europa. Die hierher gehörigen bekannten Werke, namentlich Montesquieu Esprit des lois, Beccaria dei delitti e delle pene, Voltaire prix de la justice et de l'humanité, Filangieri scienza della Legislazione, hatten das allgemeinste Interesse für die Strafgesetzgebung erweckt, und auch in Deutschland wandte sich bald alle wissenschaftliche Thätigkeit auf dem Gebiete des Strafrechtes den Fragen der Gesetzgebungspolitik zu.

Schon 1774 war der das Criminal-Recht enthaltende Theil des Entwurfes eines Gesetzbuches von Claproth erschienen, der, ganz im Sinne jener Zeit abgefaßt, nur darum sich keines großen Beifalls zu erfreuen hatte, weil die Strafen zu hart erschienen und namentlich die verstümmelnden Strafen nicht gänzlich beseitigt waren. Die mächtigste Anregung gab aber die 1777 von der ökonomischen Gesellschaft zu Bern gestellte Preisaufgabe über die heilsamste Einrichtung der peinlichen Gesetzgebung, und die von ihr gekrönte Preisschrift: Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung von Globig und Huster, neben welcher noch einige andere, nicht gekrönte Schriften im Druck erschienen, namentlich: Quistorps Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches, Wielands Geist der peinlichen Gesetze, Besekes Versuch eines Entwurfs zu einem vollständigen Gesetzesplan, Sodens Geist der teutschen Criminalgesetze, Das peinliche Recht nach den neusten Grundsätzen. Der gemeinsame Charakter dieser wie vieler anderer, auf die Strafgesetzgebung sich beziehenden Schriften, z. B. von Bauer, Hommel, Prätorius, Zaupser, giebt sich besonders in folgenden Punkten kund.

1. Mit Beseitigung aller bisher geltenden Quellen des gemeinen deutschen Strafrechtes, soll an deren Stelle ein in deutscher Sprache abgefaßtes, vollständiges Strafgesetzbuch treten.

Digitized by Google

Glaubte man allein in solcher Weise sich aus dem schwankenden Zustande des gemeinen Strafrechtes erretten zu können, so meinte man auch die neue Gesetzgebung für alle Zukunft gegen die Einflüsse des Gewohnheitsrechtes, der Praxis und Doctrin sicher stellen zu müssen. Darum sollte nicht nur jede modificirende oder ergänzende Einwirkung des Gewohnheitsrechtes und Gerichtsgebrauches ausdrücklich verboten werden, sondern, mit gänzlicher Verkennung ihrer Bedeutung und ihres Verhältnisses zum positiven Rechte, sollte auch die Wissenschaft und ihre Thätigkeit möglichst zurück gedrängt werden. „Bei nachdrücklicher Strafe" wird deshalb „alle ausdehnende und einschränkende Auslegung" der Gesetze verboten [2]), und die Entscheidung jeder etwa zweifelhaften Frage der gesetzgebenden Gewalt vorbehalten. Das Gesetzbuch soll durchaus klar und vollständig sein und „nichts dem Befinden des Richters überlassen" da „dieser nur der mechanische Ausüber der klaren Bestimmungen des Gesetzes ist." „Wissenschaften sind dabei überflüssig, weil selbst die sogenannte Rechtsgelahrtheit, wenn alle Gesetze in einem Buche bekannt gemacht sind, und keiner Auslegung bedürfen, aufhören wird, eine Wissenschaft zu sein" [3]).

2. Die neue Gesetzgebung soll sich nicht darauf beschränken, das bestehende Strafrecht in Rücksicht auf das Zeitbedürfniß und in der Gestalt, welche es allmälig unter dem Einflusse der Gewohnheit, Praxis und Doctrin angenommen hatte, in eine neue Gesetzesform einzukleiden, sondern sie sollte auch, nach Maßgabe der doctrinären Auffassung vom begrifflichen Wesen des Verbrechens und dem daraus sich ergebenden Zwecke der Strafe, rücksichtlich ihres Inhaltes eine neue und eigenthümliche sein. In Betreff dieser sogenannten Strafrechtstheorieen findet unter den deutschen Criminalisten des 18ten Jahrhunderts eine große Uebereinstimmung statt, indem fast durchgängig, in Bezugnahme auf einige Stellen aus Seneca [4]), der Ersatz des angerichteten Scha-

2) Claproth a. a. O. S. 2.
3) Globig und Huster a. a. O. S. 30—32.
4) Seneca de clement. lib. I. c. 22. In iniuriis vindicandis haec tria lex secuta est, aut ut eum quem punit emendat, aut ut poena eius cete-

dens, der bald als der materielle, bald als der sittliche, durch gerechte Vergeltung zu tilgende, erscheint, und die Sicherung der bürgerlichen Gesellschaft, theils durch Besserung des Verbrechers, theils durch Abschreckung Anderer, als Zweck der Strafe betrachtet wird. Diese, mit den politischen Doctrinen und den sittlich-religiösen Anschauungen der Zeit zusammenhängende, veränderte Auffassung des Verbrechens bewirkte eine bedeutsame Umgestaltung in dem Verhältniß der einzelnen Verbrechen zu einander rücksichtlich ihrer Strafbarkeit, so daß eine ganze Anzahl, bisher mit den schwersten Strafen belegter, Verbrechen jetzt selbst bis auf die Stufe bloßer Polizeiübertretungen herabsank. Die überall als leitender Gesichtspunkt voran gestellte Zweckbestimmung der Strafe aber hatte die völlige Umgestaltung des bisherigen Strafen-Systemes zur Folge, wobei freilich aus denselben Prämissen oft sehr verschiedene Folgerungen gezogen werden, nur daß überall gleichmäßig das Streben, die Strafen möglichst der inneren, eigenthümlichen Natur der einzelnen Verbrechen anzupassen und dabei die möglichste Milde und „Humanität" walten zu lassen, sich kund giebt.

3. Eine besondere Aufmerksamkeit wurde den bisher fast allein dem Statutarrechte und der lokalen Gewohnheit überlassenen Polizeiübertretungen und Strafen gewidmet, theils weil es der herrschenden Richtung der Zeit entsprach die Allmacht der Staatsgewalt auch hier unmittelbar und allgemein bestimmend eintreten zu lassen; theils weil die Auffassung der Strafe, als eines Mittels zur Verhütung des Verbrechens, es als eine wesentliche Pflicht des Staates erscheinen ließ, außer der Strafe auch alle sonstigen Mittel aufzubieten, um dem Verbrechen vorzubeugen. Erst wo der Staat dieser Pflicht nachgekommen war, schien er von jeder Mitschuld an dem begangenen Verbrechen frei und damit berechtigt zur strengen Bestrafung desselben, z. B. zur Bestrafung

ros meliores reddat, aut ut sublatis malis, securiores ceteri vivant. — De ira I. 16. Nam ut ait Plato (im Protageras opera ed. Bipont. t. III. p. 114) nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita nequeunt, futura prohibentur. — II. 16. Ergo ne homini quidem nocebimus quia peccavit, sed ne peccet, nec unquam ad praeteritum, sed ad futurum poena refertur.

Digitized by Google

der sogenannten Fleischesverbrechen erst, wenn er durch Einführung der Ehe zur linken Hand und Anlegung privilegirter Bordelle ihnen vorzubeugen gesucht hatte [5]). Welches Interesse damals die Fragen über die polizeiliche Verhütung der Verbrechen erregte, dafür giebt die von Dalberg und Michaelis gestellte Preisaufgabe über die Verhütung des Kindesmordes, die nicht weniger als 400 Abhandlungen über diesen Gegenstand hervorrief, ein Beispiel. Die Folge davon war theils eine ungemeine Ausdehnung der polizeilich verbotenen und strafbaren Handlungen, theils das Streben, durch die Strafgesetzgebung zugleich warnend, belehrend, verhütend wirken zu wollen, wobei nicht selten die widersinnigsten, sogar sittlich gefährliche Mittel vorgeschlagen wurden.

§. 20.

Die preußische Gesetzgebung unter Friedrich dem Großen.

Der politische Zustand des deutschen Reiches im 18ten Jahrhundert konnte den Gedanken einer, den angegebenen Tendenzen entsprechenden, Umgestaltung des Strafrechtes durch die gesetzgebende Gewalt des Reiches kaum entstehen lassen. Von keiner Seite wurde irgend eine Stimme laut, welche einen derartigen Anspruch an Kaiser und Reichstag erhoben hätte, und war man selbst in dem kleinsten Ländchen schon längst gewöhnt, die Befriedigung eines jeden Bedürfnisses des öffentlichen Lebens nur von der landesherrlichen, nie von der Reichs-Staatsgewalt zu erwarten, so konnte es am wenigsten bei einem Staate wie dem preußischen, unter der Regierung Friedrichs des Großen, zweifelhaft sein, daß er bei dem immer lebhafter sich geltend machenden Bedürfnisse einer neuen Gesetzgebung, völlig selbständig und ohne Rücksicht auf die gesetzgebende Gewalt des Reiches verfahren werde. Schon Friedrich Wilhelm I. hatte in den letzten Jahren seiner Regierung den Plan gefaßt, sich ferner nicht mit den gele-

5) Besonders lehrreich und interessant ist in dieser Beziehung die als dritte Zugabe zu seiner gekrönten Preisschrift erschienene Theorie der Strafgerechtigkeit in Polizeisachen von Globig.

Digitized by Google

gentlichen, nur dem nächsten Bedürfniß genügenden, Anordnungen zu begnügen, sondern eine umfassende Strafgesetzgebung zu veranstalten. Wenn er aber im Jahre 1736 den Gerichten befahl: „die Peinliche Halsgerichts Ordnung zum Fundament zu nehmen, solche von Artikul zu Artikul durch zu sehen, über diejenige, welche dunkel seyn und eine Erläuterung bedürfen, Euer pflichtmäßiges Gutachten zu eröffnen, diejenigen Strafen, welche aus den Praesuppositis Catholicorum folgen und bei denen Protestanten keine statt finden, zu ändern, und in denen Fällen wo die Strafe dem arbitrio judicis überlassen wird, so viel sich immer thun läßt, solche nach Billigkeit und Recht zu determiniren, und dabei in allen Fällen vor allen auf die schon darüber vorhandenen Landes-Edicta und Verfassungen pflichtmäßig zu reflectiren“ [1]), so wäre einem solchen Gesetzeswerke, wenn es überhaupt zu Stande gekommen wäre, damit ein Charakter verliehen worden, vermöge dessen es nur eine sehr untergeordnete und vorübergehende Bedeutung gehabt haben würde. Das Beispiel einer solchen, von der bedeutsamen reformatorischen Bewegung auf dem Gebiete des Strafrechtes im wesentlichen unberührt gebliebenen, sich nur auf das gemeine Recht in seiner bisherigen Gestalt, die ältere Landesgesetzgebung und heimische Praxis, stützenden Gesetzgebung gaben der Codex iuris Bavarici criminalis von 1751 und die Constitutio criminalis Theresiana von 1769, die zwar in der Beziehung über die Absicht Friedrich Wilhelms I. hinaus gingen, daß sie für Bayern und Oestreich das gemeine Recht in seiner formellen Geltung vollständig beseitigten, dagegen in materieller Beziehung sich über den Standpunkt desselben, und namentlich die Carolina, fast nirgend erhebend, nur etwa den Vortheil einer engeren Begrenzung des richterlichen Ermessens gewährten. Wenn dagegen in Preußen zwar erst 40 Jahre nach dem Regierungsantritte Friedrichs d. G. die Gesetzgebungsarbeiten begannen, aus denen das allgemeine Landrecht hervorging, so gab doch hier die Persönlichkeit des Königs, eines der hervorragendsten Repräsentanten der eigenthümlichen Geistesströ-

1) Hymmen a. a. O. S. IV. 150.

mung des 18ten Jahrhunderts, die in alle Gebiete des geistigen und sittlichen Lebens umgestaltend eingriff, eine durch seine ganze Regierungsgeschichte bewährte Bürgschaft dafür, daß die preußische Gesetzgebung auch in Betreff des Strafrechtes sich wirklich als das Ergebniß des in der Volksanschauung und in der Doctrin vollbrachten Umbildungsprozesses darstellen werde.

Während die Const. crim. Theresiana es im Jahre 1769 noch für nöthig erachtete, durch eine Anzahl von Abbildungen zu veranschaulichen, wie die Tortur vorgenommen werden solle, war es eine der ersten Regierungshandlungen Friedrichs d. G., die Tortur in der Weise aufzuheben[2]), daß sie nur noch ausnahmsweise „bei dem crimine laesae Majestatis und Landesverrätherei, auch bei dergleichen großen Mordthaten, wo verschiedne Menschen umgebracht sind, oder wider die Mitinquisiten anders nicht inquirirt werden kann", gestattet sein sollte. Bald nachher wurde die von Friedrich Wilhelm I. für den Kindermord eingeführte Strafe des Säckens aufgehoben und an ihre Stelle die der Enthauptung gesetzt[3]). Waren dies auch nur zwei zunächst ganz vereinzelt dastehende Anordnungen, so hatte doch durch dieselben Friedrich d. G. gerade in einige, die öffentliche Meinung und die Criminalpolitik damals besonders, bewegende Fragen entscheidend eingegriffen, und namentlich die Abschaffung der Tortur wirkte sehr bald als Beispiel für die Gesetzgebung anderer Staaten und verschaffte, in Verbindung mit einigen noch zu erwähnenden Anordnungen, dem Könige den von Beccaria in seinem

2) Kabinets-Ordre vom 3. Juni 1740 bei Behmer nov. ius controversum. Obs. 74. Diese Kabinets-Ordre wurde anfangs, um, wie Behmer sagt, die Furcht vor der Tortur fortbestehen zu lassen, dem Publicum und selbst den Untergerichten nicht bekannt gemacht. Ein Bedurfniß hierzu war auch darum nicht vorhanden, weil schon durch das Edikt vom 5. Februar 1720 angeordnet war, daß jedes auf Tortur lautende Erkenntniß zur Ausführung der königlichen Bestätigung bedürfe. Daß die Tortur auch für die genannten Ausnahmsfälle durch die Ordres vom 27. Juni, 4. und 8. August 1754 u. 18. November 1756 aufgehoben worden wäre, wie Abegg Gesch. d. Strafrechts der brandenpreuß. Lande §. 27 behauptet, ist ein Irrthum, der sich auch durch die Anwendung der Tortur in den Jahren 1772 und 1777 widerlegt. Vgl. Hymmen a. a. O. IV S. 208. Eine spätere Ordre, welche die Tortur völlig abgeschafft hätte, habe ich nicht finden können, obwohl es nicht zweifelhaft ist, daß sie auch ohne besondere Anordnung völlig aus dem Gebrauche kam.

3) Corp. C. M. Cont. I. No. 42.

Digitized by Google

Epoche machenden Werke verkündeten Ruhm eines der weisesten Monarchen in Europa, der die Philosophie auf den Thron erhoben und als ein Freund seinen Unterthanen Gesetze gegeben habe. Bemerkenswerth war aber die Aufhebung der Folter noch insbesondere in Betreff des Verhältnisses der preußischen Landes- zur Reichsgesetzgebung und dem gemeinen Rechte. Wenn in irgend einem Punkte die Carolina nicht bloß eine subsidiäre, sondern eine absolute Geltung für sich in Anspruch nahm, so war dies gewiß der Fall in Betreff ihrer strafrechtlichen Beweistheorie, die durch Beseitigung der Folter in ihrem ganzen Wesen alterirt wurde. Freilich hatte schon von jeher die deutsche Territorialgesetzgebung die ihr durch die absolut gemeinrechtlichen Bestimmungen der Carolina gezogenen Grenzen vielfach überschritten, aber während sie es bisher meist in untergeordneten Dingen unbewußt oder aus Unkenntniß gethan hatte, wurde hier, im Widerspruche zu der Stellung, welche die Reichsverfassung der Landesgesetzgebung zugewiesen hatte, das gemeine Recht mit vollem Bewußtsein in einer sehr wichtigen und wesentlichen Institution angetastet. Damit hatte also Friedrich d. G. schon bei Beginn seiner Regierung den Grundsatz der völligen Selbständigkeit der Landesgesetzgebung und ihrer Unabhängigkeit von jeder, ihr durch das gemeine Recht gezogenen, Schranke ausgesprochen, ein Grundsatz, dem er sehr bald in der ausgedehntesten Weise Folge zu geben versuchte.

Das letzte Hemmniß, das der völligen Unabhängigkeit der Gesetzgebung und Rechtspflege noch entgegen stand, die über einen großen Theil der preußischen Landestheile sich erstreckende Competenz der Reichsgerichte, wurde durch das von Carl VII. verheißene und von Franz I. am 31. Mai 1746 ertheilte unbeschränkte Privilegium de non appellando beseitigt. Der dresdner Friede gewährte dem Könige die Möglichkeit, sein Augenmerk wiederum den inneren Zuständen des Staates zuzuwenden, in Betreff deren ihm nichts so sehr am Herzen lag, als eine vollständige Reform der Justizverfassung. Er unternahm sie hauptsächlich mit Hilfe des schon von seinem Vater ernannten Justizministers Cocceji, der schon vom Beginne seiner amtlichen Wirksamkeit mit Plänen

einer solchen Reform beschäftigt, diese jetzt endlich zur Ausführung bringen konnte. Durch die Kabinets-Ordre vom 12. Januar 1746 wurde Cocceji beauftragt, zunächst für die Verbesserung „der ganz verdorbenen Justizadministration" zu sorgen, wobei Unparteilichkeit der Rechtspflege und Beschleunigung des Prozeßganges die leitenden Gesichtspunkte sein sollten. Nach einer im Sinne des Königs von Cocceji entworfenen, Instruction begann diese Reorganisation der Justizverfassung und des Prozeßverfahrens in Pommern, um später allmälig in den übrigen Provinzen fortgesetzt zu werden. Die Grundlage bildete hierbei ein von Cocceji noch unter der Regierung Friedrich Wilhelms I. verfaßtes aber nicht publicirtes Gesetzeswerk: S. Maj. des Königs von Preußen erläuterte und verbesserte Cammergerichtsordnung, aus welchem, unter Beirath ständischer Deputirter, das Project des Codicis Fridericiani Pomeranici erwuchs [4]). Im Jahre 1747 und 1748 wurde sodann die gleiche Reorganisation in den Marken durchgeführt, und das mit dem pommerschen in Betreff des Gerichtsverfahrens völlig übereinstimmende und nur in Betreff der Gerichtsorganisation abweichende Project des Codicis Fridericiani Marchici publicirt, das nur wegen des Vorbehaltes späterer, unter Mitwirkung der Stände vorzunehmender, Abänderungen als Project bezeichnet wurde. Wie umfassend und folgenreich diese Gesetzgebung auch war, so schloß sie sich doch in Bezug auf die Gerichtsorganisation unmittelbar an die verschiedenen, in den Provinzen vorgefundenen, Institutionen an, ohne sie in einer, für den ganzen Staat gleichmäßigen, Weise ordnen zu wollen, und eben so setzte sie das bis dahin geltende Prozeßverfahren im allgemeinen als fortbestehend voraus und suchte dasselbe nur im einzelnen näher zu bestimmen und zu verbessern. Namentlich aber, und obwohl die Aufhebung der Folter eigentlich eine tiefer eingreifende Umgestaltung nothwendig gemacht hätte, blieb das Strafverfahren unverändert, indem nur „einige

---

4) Das Nähere über die preußische Justiz-Reform in den Jahren 1746—1748 in den Jahrbüchern für Preuß. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung Bd. 59. S. 67—158.

Digitized by Google

bei den Inquisitionen eingeschlichene Mängel" beseitigt werden [5]). Bedeutsam war hierbei das Verbot der Aktenversendung und die dadurch bedingte nähere Anordnung über die Competenz der Criminalgerichte [6]), indem damit ein sehr bedeutsames Band, das bisher das Landesrecht mit dem gemeinen Rechte, die Praxis mit der gemeinrechtlichen Doctrin verbunden hatte, zerrissen wurde.

Die königliche Verordnung vom 31. December 1746 beauftragte aber Cocceji ferner auch, „weil die größte Verzögerung „der Justiz von dem ungewissen lateinischen römischen Rechte her„rührt, welches nicht allein ohne Ordnung compilirt worden, son„dern worin singulae leges pro et contra disputirt, oder nach „eines jeden Caprice limitirt oder extendirt werden", mit der Abfassung „eines deutschen allgemeinen Landrechtes, welches sich „bloß auf die Vernunft und Landesverfassung gründet" [7]). Von diesem Gesetzbuche, welches das gesammte materielle Recht, besonders auch das Strafrecht [8]), umfassen sollte, erschien 1749 der erste, 1751 der zweite Theil, unter dem Titel: Project des Corporis iuris Fridericiani. Obwohl es bekanntlich nie vollendet worden, und noch weniger in Wirksamkeit getreten ist, so ist es doch sehr geeignet, die Tendenz, von welcher man jetzt bei der Gesetzgebung ausging, kennen zu lehren. Abweichend von der gesammten bisherigen Territorialgesetzgebung Deutschlands wird auf jeden weiteren Versuch, das gemeine Recht durch partikularrechtliche Bestimmungen im einzelnen zu ergänzen und zu verbessern, verzichtet. Durch eine, auf sehr ungenügenden historischen Kenntnissen beruhende, kritische Betrachtung des römischen Rechtes und seiner Entwickelung soll der Beweis seiner gänzlichen Unbrauchbarkeit in der ihm von Justinian verliehenen Gestalt bewiesen werden. In gleicher Weise wird das canonische Recht abgefer-

5) Cod. Frid. March. Thl. IV. tit. V.
6) Cod. Frid. March. l. c. §. 8.
7) Vgl. Simon Bericht über die scientivische Redaktion der Materialien der preuß. Gesetzgebung in Mathis jurist. Monatsschrift XI. S. 191. Bornemann System des preuß. Civilrechts I. S. 6.
8) Project des Corp. iur. Frider. Vorrede §. 29.

Digitized by Google

tigt, und endlich auch das deutsche Recht als ein „imaginaires“ bezeichnet, „von dessen Ursprung nichts gewisses bekannt, und „dessen Gesetze längst aus der Observantz gekommen“, „so daß, „anstatt das Teutsche Reich bishero mit zweyen ungewissen Rech„ten gequälet worden, nunmehro dreyerley Jura aequa incerta „von denen Rechts-Gelahrten propria autoritate etabliret“ seien 9). Um diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, damit, im Interesse der Volkswohlfahrt, „denen Advocatis jeder Anlaß genommen werde“ die Unterthanen „um das Ihrige zu bringen“, wird die neue Gesetzgebung unternommen, die allen den Anforderungen, welche die öffentliche Meinung und die Doctrin jener Zeit erhoben hatte, zu genügen sucht. Mit Beseitigung aller bisher geltenden Rechtsquellen soll hiernach ein allgemeines, für alle Theile des preußischen Staates gleiches und gemeinsames, Landrecht abgefaßt werden. Es soll vollständig sein und „alle Rechte die in der Civil „Societät vorkommen können“ umfassen, zugleich aber auch völlig klar, damit Jeder aus dem Volke „solches selber nachsehen könne“, weshalb es in deutscher Sprache abgefaßt wird. Seinem Inhalte nach soll dieses Landrecht, frei von Allem, was als eine historische Zufälligkeit erscheinen könnte, sich als ein „vernünftiges und natürliches Systema“ darstellen, in welchem „bei einem „jeden Objecto iuris gewisse aus der Vernunft hergeleitete Prin„cipia festgesetzt, und alle Materien in eine natürliche Ordnung „gebracht sind“, so daß es „auf alle Staaten, die die natürliche „Vernunft zur Regul ihrer Gesetze nehmen, appliciret werden kann“. Diese allgemeinen Principien des natürlichen Rechtes werden aber allerdings dem römischen Rechte entnommen, „weil nicht geleug„net werden kann, daß diese Gesetze mehrentheils in denen na„türlichen Rechten ihren Grund haben“, nur daß dabei „Alles „was auf den Statum von Italien und Griechenland gerichtet „ist“, so wie „alle Subtilitaeten und Fictiones aus diesem Land„rechte verbannt sind“. Schließlich aber soll, um diese neue Gesetzgebung gegen den vermeintlich corrumpirenden Einfluß der Rechtswissenschaft für immer zu sichern, „bei schwerer Strafe ver-

9) Corp. iur. Frid. Vorrede §. 1—22. Eingang §. 1—7.

„boten werden, daß Niemand ſich unterſtehen ſolle, einen Com-
„mentarium über das ganze Landrecht oder einen Theil deſſelben
„zu ſchreiben.“ Gegen die Willkür der Richter und Advokaten, die ſich in Fällen, welche nicht unmittelbar nach den Worten des Geſetzes zu entſcheiden ſind, geltend machen könnte, ſoll das neue Landrecht dadurch geſchützt werden, daß dann jedesmal „durch das Justiz Departement“ auf eingeholten Rath der „perpetuirlichen „Land-Rechts-Commission, das dubium decidirt“ wird.

Von Intereſſe iſt es, mit dieſen Grundſätzen der Geſetzgebungspolitik Coccejis diejenigen zu vergleichen, welche der König ſelbſt in ſeiner, derſelben Zeit angehörenden, Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois, die in den Jahrgang 1749 der Memoiren der Akademie aufgenommen wurde, ausſprach. Auch hier finden wir die Forderung einer einheitlichen Geſetzgebung für den ganzen Staat, um der Unſicherheit und den Widerſprüchen zu entgehen, welche aus einer Mehrheit der Rechtsquellen erwachſen; die Forderung der Einfachheit, Klarheit, Beſtimmtheit und Vollſtändigkeit der Geſetze, um das Recht gegen den Irrthum und die Willkür der Richter, gegen den verderblichen Einfluß der Doctrin und gegen die Chikane der Advokaten ſicher zu ſtellen; die Forderung, daß die Humanität und natürliche Billigkeit überall der leitende Geſichtspunkt des Geſetzgebers ſei, weil das Geſetz um ſo vollkommner iſt, je mehr es, frei von allem Einfluſſe der Willkür und des Zufalls, den Grundſätzen des Naturrechtes entſpricht. Dagegen findet ſich in einem anderen Punkte allerdings eine bedeutſame Abweichung der Anſichten des Königs von denen Coccejis. Der König, obwohl als der Philoſoph auf dem Throne bezeichnet, war dennoch von einer ſo abſtrakten Auffaſſung des Rechtes, wie diejenige Coccejis war, weit entfernt. Bezeichnete zwar, dem königlichen Auftrage gemäß, der Titel des Corpus iuris Fridericiani es als ein in der Vernunft und Landesverfaſſung gegründetes Landrecht, ſo konnte doch eine wirkliche Berückſichtigung der Landesverfaſſung, des eigenthümlichen ſittlichen, ſocialen und politiſchen Zuſtandes des preußiſchen Volkes, von einem Geſetzbuche nicht erwartet werden, das ein „auf alle Staaten die die natürliche Vernunft zur

Digitized by Google

„Regul ihrer Geſetze nehmen", anwendbares „Universal Systema" ſein wollte. Der König dagegen ſucht nicht bloß in einem hiſtoriſchen Ueberblicke, in der Art Montesquieus, den inneren Zuſammenhang der Geſetzgebung und des eigenthümlichen Charakters eines Volkes nachzuweiſen, ſondern ſpricht es auch als oberſtes Prinzip einer weiſen Geſetzgebung aus, daß ſie ſich mit dem Geiſte des Volkes und der beſonderen Art ſeiner Staatsverfaſſung in Uebereinſtimmung befinden müſſe [10]). Namentlich verlangt er für die Monarchie milde und billige Geſetze, um ihnen dadurch einen feſten Beſtand zu ſichern, welchen tyranniſche, lediglich auf der Gewalt des Fürſten beruhende, Geſetze nie erlangen können.

Die geſammte Regierungsthätigkeit des Königs beweiſt übrigens zur Genüge, daß, wie ſehr er auch der eigenthümlichen philoſophiſchen Richtung des 18ten Jahrhunderts ergeben war, die abſtrakten Principien der Doctrin es doch nie vermochten, ſeinen Blick für die gegebenen, concreten Vorausſetzungen und praktiſchen Bedürfniſſe ſeines Staates und Volkes zu trüben. Wäre darum auch die von Cocceji begonnene Geſetzgebungsarbeit ſpäter nicht durch äußere Ereigniſſe gehemmt und unterbrochen worden, ſo ließ ſich doch erwarten, daß der König ſelbſt einem Geſetzbuche, das nur eine dürre, jede hiſtoriſche Baſis verleugnende, vermeintlich naturrechtliche Abſtraktion aus dem römiſchen Rechte war, ſchwerlich ſeine Sanction ertheilt haben würde.

Dreißig Jahre vergingen, bevor Friedrich d. G. zum zweiten Male das Werk einer umfaſſenden Geſetzgebung für ſeinen Staat aufnahm. Aber auch in der Zwiſchenzeit erließ er eine Reihe, das Strafrecht betreffender, Anordnungen, welche eben ſo ſehr die fortſchreitende, alle von der Carolina dem Partikularrechte gezogenen Schranken überſpringende, Loslöſung des preußiſchen von dem gemeinen Strafrechte, als auch das Streben bekunden, wenigſtens in einzelnen Punkten den Forderungen des Zeitgeiſtes zu genügen.

---

10) Nous observons, en examinant la conduite des plus sages legislateurs, que les lois doivent être adaptées au genre du Gouvernement et au génie de la Nation qui les doit recevoir.

Digitized by Google

Die bis dahin in Preußen, wie in ganz Deutschland außerordentlich häufig angewandte Strafe der Landesverweisung, die schon längst von der Doctrin und öffentlichen Meinung angefochten worden war [11]), wurde durch die Cabinets-Ordre vom 4. Januar 1744 [12]) aufgehoben, indem an ihre Stelle Festungs- oder Zuchthausstrafe treten sollte. Einer, im vorigen Jahrhundert sehr vielfach besprochenen, Anforderung [13]) genügte das Rescript an das Criminal-Collegium vom 10. Juli 1756 [14]), indem es die Strafe der Infamie außerordentlich beschränkte. Den veränderten staatlichen Zuständen entsprach es, wenn, im Gegensatze zu dem älteren einheimischen Rechte und zur Carolina, der mit offener Gewalt an der Person verübte Raub als das schwerere, der heimlich begangene Diebstahl als das leichtere Verbrechen angesehen, und dem gemäß die gemeinrechtlichen Strafen so umgestaltet wurden, daß der Diebstahl an sich unter keiner Bedingung mehr mit der Todes-, sondern nur mit Freiheitsstrafe belegt werden sollte, wofern nicht etwa der Dieb zugleich etwas „mörderliches" mit verübt habe [15]). Anderweitige Aeußerungen des Königs ergeben, daß hiermit eine jede, unmittelbar gegen die Person gerichtete, Gewaltthätigkeit gemeint war [16]). Auch die bisherigen harten Strafen der Wilddieberei wurden durch die Cabinets-

11) Vgl. die oben angeführte Schrift von Fischer de poenarum abusu.

12) Corp. C. M. Cont. II. p. 169.

13) Fischer l. c. Filangieri tom. IV. c. 31. Glebig u. Huster a. a. O. S. 79.

14) Nov. Corp. C. M. tom. II. p. 115.: . . . weil derjenige Delinquent, welcher mit einer Infamie beleget worden, ein unnützes Mitglied der Societät wird, und wenn er dereinsten von der Vestung oder aus dem Arbeitshause seine Entlassung erhält, sich außer Stande befindet sein Brod auf eine ehrliche Art zu verdienen . . . So wollen Wir, daß Ihr von nunan, in allen und jeden Fällen, da in Unsern Edicten nicht ausdrücklich die Strafe der Infamie verordnet ist, denen zur Festung, Zucht- oder Arbeits-Hause condemnirten Delinquenten in Eurer Erkenntniß famam ausdrücklich reserviren, und wenn ja das Verbrechen so beschaffen wäre, daß solches denen gemeinen Rechten nach, eine Infamie nach sich zöge, dagegen mehrere Jahre zur Vestung oder Zuchthaus-Arbeit erkennen sollt.

15) Cabinets-Ordre vom 27. Juli 1743 in Behmeri novum ius contr. Obs. VI. p. 154. Vgl. Edikt vom 28 Sept. 1750 im Corp. C. M. Cont. IV. p. 290.

16) Dissert. sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois. Brief Friedrichs d. G. an den Etats-Minister von Bismark vom 8. April 1750 in Hymmens Beiträgen IV. S. 172.

Digitized by Google

[illegible] vom 17. Oktober 1753 wesentlich gemildert [17]). Ganz besondere Aufmerksamkeit wurde der strafrechtlichen Behandlung des Kindermordes gewidmet, einer die Wissenschaft und die öffentliche Meinung in und außerhalb Deutschlands damals außerordentlich bewegenden Frage. Schon 1740 wurde die aus dem sächsischen Rechte stammende bisherige Strafe des Kindermordes, das Säcken, aufgehoben und die Strafe des Schwerdtes an ihre Stelle gesetzt [18]). Ein sehr umfangreiches, auf dieses Verbrechen sich beziehendes, Gesetz erschien 1765 [19]). Es läßt dasselbe zwar die Strafe des Schwerdtes, und in milderen Fällen die der lebenswierigen Festungs-Arbeit, bestehen, dagegen zeichnet es sich aus durch mannigfache Anordnungen zur möglichsten Verhütung des Kindermordes, indem theils einer ganzen Reihe von Personen bei Strafe die Pflicht auferlegt wird, die böswillige Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt zu verhindern, theils „dergleichen Weibes-Leuthe ihres begangenen Fehltrittes halber zu keiner Strafe ferner gezogen, auch ihnen nicht der geringste Vorwurf deshalb oder einige Schande gemacht", vielmehr, wenn sie die vorgeschriebenen Bedingungen beobachten, die Verheimlichung ihres Fehltrittes möglichst erleichtert werden soll [20]). Wenn es die Tendenz der Zeit war, die Rechtswissenschaft möglichst zu beschränken, und das Recht wieder in das Bewußtsein und Gedächtniß des Volkes zurück führen zu wollen, zu welchem Zwecke sogar vorgeschlagen wurde, das Strafrecht zum Lehrgegenstande in den Volksschulen zu machen, so sollte auch dieses Edikt alljährlich an einem der großen Festtage und an jedem Bußtage von allen Kanzeln verlesen werden. Das Rescript vom 6. Decbr. 1751 [21]) beseitigte alle, wegen Bestrafung des Selbstmordes ergangenen Edikte, um nicht die Angehörigen des Selbstmörders unverschuldet durch solche Beschimpfungen leiden zu lassen. In

17) Hymmens Beiträge IV. S. 191.
18) Corp. C. M. Cont. I. p. 371.
19) Nov. Corp. C. M. III. p. 583.
20) Auch den Kindermord bespricht der König ausführlicher in seiner angeführten Dissertation.
21) Nov. Corp. C. M. III. p. 1203.

Digitized by Google

vielen anderen strafrechtlichen Anordnungen von geringerem Interesse tritt das Streben hervor, durch Warnungen, Verbote und polizeiliche Maßregeln die Verbrechen möglichst zu verhüten.

§. 21.

Die preußische Strafrechtspflege und das Verhältniß des Königs zu ihr.

Wie verdienstlich die angeführten gesetzlichen Anordnungen sein mochten, so betrafen sie doch alle nur Einzelheiten, und hatten insgesammt keine so tief eingreifende Bedeutung, daß sie irgend vermocht hätten, den Charakter des strafrechtlichen Zustandes wesentlich zu modifiziren. Sie waren darum auch an sich durchaus nicht geeignet, die aus dem eigenthümlichen Entwickelungsgange des gemeinen Strafrechtes entsprungenen Mängel und Gebrechen, an denen das 18te Jahrhundert litt, zu beseitigen. Wenn dennoch unter der Regierung Friedrichs d. G. Preußen auch in Betreff der Strafrechtspflege sich den Ruhm erworben hatte, allen anderen deutschen Staaten mit seinem Beispiele voran zu leuchten [1]), so hatte dies seinen Grund nur darin, daß sich hier eine, den rechtlichen und sittlichen Anschauungen und Zuständen der Zeit angemessenere, feste und einheitliche Praxis entwickelt hatte. Es war dies ein Verdienst des Königs, nicht bloß vermöge des Umstandes, daß er es war, der durch seine Bemühungen um Verbesserung der Rechtspflege den preußischen Richterstand auf den Standpunkt intellectueller Bildung und sittlicher Tüchtigkeit erhob, durch den er sich seit jener Zeit auszeichnete, sondern auch vermöge des persönlichen Antheils, der dem Könige an der Entwickelung der strafrechtlichen Praxis zuerkannt werden muß. Es ist nicht erforderlich, hier abermals, was schon anderweitig genügend geschehen ist [2]), den Beweis zu führen, wie sehr der König, gleich seinem Vater, von der Heiligkeit seiner Pflicht: für die strengste Handhabung von Recht und Gerechtigkeit in seinem Lande zu sorgen, durchdrungen war, wie sehr er

1) (Arnim) Bruchstücke über Verbrechen und Strafen S. 17 flg.
2) Abegg Gesch. der Strafgesetzgebung der brand. preuß. Lande §. 29. Preuß Friedrich d. G. I. S. 310 flg.

Digitized by Google

sich selbst in allen seinen Regentenhandlungen, und selbst da, wo er nach unseren Anschauungen durch Akte der Cabinets-Justiz in den Gang der Gerechtigkeit eingriff, von dem Streben, rücksichtslos und unbeirrt durch fremdartige Einflüsse dem Rechte zur Herrschaft zu verhelfen, leiten ließ. Von Interesse ist es aber, die rechtliche Stellung, welche der König zur Justiz, namentlich zur Strafrechtspflege, einnahm, näher zu betrachten.

Durch die Bemühungen Friedrich Wilhelms I. und Friedrichs d. G. hatte nicht bloß die preußische Gerichtsorganisation in allen Beziehungen bedeutsame Fortschritte gemacht, sondern es war zugleich eben so sehr im Principe anerkannt, daß eine wohlgeordnete Rechtspflege die volle und unbedingte Selbständigkeit des Richters erheische, als auch im einzelnen für deren Sicherung Sorge getragen wurde. Darum hatte schon Friedrich Wilhelm I. in seiner Ordnung, die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend von 1713, bei Strafe jede Zumuthung durch Cabinetsbefehle in den Gang der Justiz einzugreifen, von sich abgewiesen, und in gleicher Weise sprach sich Friedrich d. G. wiederholt und sehr bestimmt gegen derartige Anforderungen aus [3]). Wenn trotz dessen eine Anzahl von Fällen bekannt ist, in denen der König richterliche Urtheile änderte, und namentlich zuerkannte Strafen erhöhte, so ist es irrig, dies nur mit der guten Absicht des Königs, nach seiner Meinung Gerechtigkeit zu üben, entschuldigen zu wollen, da es vielmehr in den meisten Fällen ein ihm verfassungsmäßig zustehendes Recht war, von welchem der König Gebrauch machte.

Während es nämlich in Betreff aller civilrechtlichen Streitigkeiten allerdings als Regel vollkommen anerkannt war, daß jeder bestimmende Einfluß des Landesherrn auf die Entscheidung derselben rechtlich unzulässig sei, wurde auch noch im 18ten Jahrhundert die Stellung des Landesherrn zur Strafrechtspflege in **ganz anderer Weise aufgefaßt. Gerade erst seit dem 17ten Jahrhundert scheint, im Interesse der Controlle und Ueberwachung der**

3) Cod. Frid. P. I. tit. 1. §. 14. Preuß Urkundenbuch I. S. 18. 71. II. S. 229. 232. 234.

Digitized by Google

Gerichte und der Handhabung des Strafrechtes, das dem Landesherrn vorbehaltene Recht der Bestätigung aller oder doch der schwerere Strafen verhängenden Strafurtheile, von dem Carpzow noch nichts berichtet, in Deutschland ganz allgemein geworden zu sein. Die Bedeutung dieser landesherrlichen Bestätigung war aber nicht bloß die, daß sie die formelle Voraussetzung für die Ausführung der zuerkannten Strafe war, sondern sie bezog sich auch auf den Inhalt des Urtheils selbst, und enthielt darum die Befugniß, an die Stelle des richterlichen ein landesherrliches Urtheil zu setzen, durch welches die zuerkannte Strafe gemildert oder geschärft wurde. Ueber den Rechtsgrund einer solchen Befugniß war man sich freilich wohl in der Doctrin wie in der Praxis nicht klar. Einerseits lag es nahe, wenn man, wie Carpzow [4]), das Recht der Strafmilderung und Begnadigung auf das, aus der gesetzgebenden Gewalt des Fürsten fließende, Majestätsrecht: auch gegen die Gesetze handeln zu dürfen, gründete, hierin auch das Recht der Strafschärfung begründet zu finden. Andererseits mochte man, wie dies in Preußen wohl gewiß der Fall war, das Bestätigungsrecht als einen Ausfluß der höchsten Gerichtsgewalt des Landesherrn betrachten, die er in beschränkter Weise auch persönlich zu üben berufen sei. Es mag zugegeben werden, daß schon im Laufe des 18ten Jahrhunderts die Bedeutung der landesherrlichen Bestätigung von Strafurtheilen in der Praxis der Landesherren selbst und in der öffentlichen Meinung allmälig und unbemerkt anders aufgefaßt wurde, daß man anfing, sie nur als einen Befehl zur Ausführung der Strafe, die nur noch auf dem Wege der Gnade zu mildern oder zu beseitigen, nicht aber zu verschärfen sei, zu betrachten; gewiß aber steht die ursprüngliche Bedeutung in der gemeinrechtlichen Doctrin insofern noch fest, als dem Landesherrn ausdrücklich nicht bloß das Recht der Strafmilderung, sondern auch der Schärfung zuerkannt wurde [5]). Welche Bedeutung in Preußen diesem Rechte

4) Pract. rer. crim. Quaest. 150. n. 15.

5) Von älteren Criminalisten — cf. Harprecht Resp. 53. n. 114 sequ. Resp. 75. n. 294. Leyser Medit. ad Pand. spec. 646 — zu geschweigen, wird auch noch in der 6ten, von Klein besorgten, Ausgabe von Quistorps Lehrbuche

der Bestätigung und Aenderung strafrechtlicher Urtheile beigelegt wurde, darüber kann kein Zweifel obwalten, da die Landesgesetzgebung dasselbe sehr genau normirt hatte.

Der Ursprung des landesherrlichen Rechtes der Bestätigung der Strafurtheile fällt in der Mark, wie oben gezeigt wurde, schon in den Anfang des 16ten Jahrhunderts. In welchem Sinne es hier aufgefaßt und geübt wurde, ergiebt sich am besten aus der Cabinets-Ordre des großen Churfürsten vom 24. November 1663 [6]), nach welcher die Criminalurtheile nicht bloß zum Zwecke der „Aggravirung", sondern auch um anzufragen: „ob die Torturae vorzunehmen oder zu unterlassen? Ob die Execution nach einhalt des Urtheils zu verrichten oder zu ändern?" sei, an den Churfürsten geschickt wurden; ja es beschwert sich der Churfürst, daß man sogar „vielfältige relationes, worin man Verordnung desiderirt, und instruiret sein will, wie in der Sachen zu verfahren", ihm zusende. Da zu einer so umfangreichen Beschäftigung die Kräfte des geheimen Raths-Collegiums nicht mehr ausreichten, so wurden seit König Friedrich I. alle Strafsachen besonderen Beamten, den Criminalräthen, aus denen das spätere Criminal-Collegium hervorging, zur Begutachtung und Vorbereitung des landesherrlichen Urtheiles überwiesen. Könnte aber noch irgend ein Zweifel darüber obwalten, daß diese Bestätigung oder Aenderung von Strafurtheilen als eine wirklich richterliche Thätigkeit des Königs angesehen wurde, so wird derselbe durch die Gesetzgebung Friedrich Wilhelms I. und Friedrich d. G. völlig beseitigt. Nach den hierher gehörigen Gesetzen [7]) gestaltete sich nun das Verhältniß des Königs zur Strafrechtspflege folgendermaßen:

---

im Jahre 1810 S. 191, das Recht der Strafschärfung dem Landesherrn zuerkannt. Westphal, in seinem 1785 erschienenen Criminalrecht S. 131, meint, daß, mit Ausschluß des Richters, die Erhöhung der Strafe „billig dem Landesherrn zu überlassen" sei.

6) Hymmen a. a. O. S. 218.

7) Cammer-Ger.-Ordnung von 1709. Corp. C. M. II. 1. n. 119. Criminal-Ordnung von 1717 cap. X. §. 2. Rescript vom 2. März 1717. Corp. C. M. II. 3. n. 33. Verordnung vom 2. April 1717. Corp. C. M. II. 4. n. 4. Declaration vom 12. Juli 1732. Corp. C. M. II. 3. n. 33. 66. Circular vom 11. Februar 1756. Rescript vom 25. Juli 1756 und 8. Juli 1765. Nov. C. C. M. II. p. 145. III. p. 971.

Digitized by Google

1) Die Strafurtheile, welche eine bestimmte höhere Strafe aussprechen, oder sich auf bestimmte Verbrechen beziehen, so wie alle diejenigen „wo es auf Begnadigung oder Aggravirung der „Strafe ankommt", müssen, nebst den Untersuchungsakten, Urtheile, welche auf geringere Strafen lauten, entweder allein oder mit den Relationen und Criminalgutachten an denjenigen Justizminister, der das Criminaldepartement hat, eingeschickt werden. Auf Vortrag des Ministers fällt der Staatsrath sein Urtheil, welches dem Könige als Gutachten dient, nur mit dem Unterschiede, daß Friedrich Wilhelm I. sich überall die Entscheidung persönlich vorbehielt, Friedrich d. G. dagegen nur über die auf Todesstrafe oder auf Festungs- und Zuchthausstrafe von wenigstens 10 Jahren lautenden Urtheile selbst entschied, während die übrigen durch den Staatsrath im Namen des Königs bestätigt wurden. Daß es sich hier nun um eine wirklich richterliche Thätigkeit handelte, geht daraus hervor, daß der Erfolg nicht bloß eine Bestätigung des Urtheils, der dann eine, die Ausführung der Strafe befehlende, Ordre beigefügt wurde, oder eine Begnadigung, sondern auch eine, auf Rechtsgründen beruhende, Linderung [8]), oder Schärfung der zuerkannten Strafe sein konnte, weshalb auch die Gerichte ausdrücklich angewiesen werden, sich jeder Linderung oder Schärfung der Strafe zu enthalten und sie dem Könige zu überlassen. Bemerkenswerth ist, daß die angeführte Declaration von 1732 auch noch des möglichen Falles gedenkt, daß der König, auf Erbieten des Inquisiten, die Ablösung der Strafe durch eine Geldbuße gestattet, ein Recht, das nach dem Strafrechte des Mittelalters jedem Richter zustand, und, wie gezeigt wurde, in der Mark schon früh ausschließlich auf den Churfürsten, als höchsten Gerichtsherrn, überging.

2) Tritt keine Begnadigung ein, sondern wird das Urtheil bestätigt, oder in irgend einer Beziehung nur verändert, so findet, da es sich eben um ein wirkliches, vom Könige oder vom Staats-

8) Eine solche Linderung aus Rechtsgründen ist deshalb auch von einer theilweisen Begnadigung zu unterscheiden. Beispiele dafür sind: Cabinets-Ordre vom 23. April 1776 bei Preuß Friedrich d. G. III. S. 376 und Cabinets-Ordre vom 17. October 1753 bei Hymmen Beiträge IV. S. 191.

Digitized by Google

rath in seinem Namen erlassenes, Strafurtheil handelt, hiergegen das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung statt[9]). Wird in dieser zweiten Instanz das erste Urtheil bestätigt, so bedarf es einer abermaligen Einsendung und königlichen Bestätigung des Urtheils nicht, sondern es findet sofort die Vollziehung der Strafe statt. Diese Einsendung und Bestätigung ist dagegen erforderlich, wenn das Urtheil erster Instanz geändert wird [10]).

3) In allen Fällen des Hochverrathes, mit Ausschluß der einfachen Majestätsbeleidigung, erkennt der König allein und persönlich [11]).

Wenn überdies die Gerichte angewiesen waren, alljährlich sehr ausführliche tabellarische Uebersichten über die gesammte Strafrechtspflege nach Berlin zu senden [12]), um den höchsten Behörden fortwährend Gelegenheit zu geben, gegen alle etwaige Gebrechen und Mängel einzuschreiten, wenn die Entscheidung wichtiger Criminalfälle vom Könige und von den Ministern häufig zugleich benutzt wurde, um den Gerichten allgemeine, leitende Normen für die Handhabung des Strafrechtes mitzutheilen, so leuchtet es ein, daß ein so umfangreicher Einfluß des Königs auf die Strafrechtspflege sehr geeignet sein mußte, in Preußen eine feste und einheitliche Praxis zu begründen. Mag immerhin das Recht einer so unmittelbaren Einwirkung des Landesherrn auf die Strafrechtspflege an sich mit einem wohlgeordneten Zustande derselben unverträglich sein, und für sie nicht weniger wie für die Civilrechtspflege die volle Selbständigkeit des Richters unentbehrlich erscheinen, so wird man doch auch anerkennen müssen, einerseits daß jenes bedenkliche und gefährliche Recht in der Hand von Fürsten, wie Friedrich Wilhelm I. und Friedrich d. G., die es nie im persönlichen Interesse, sondern, selbst wo sie irrten, nur in dem streng-

9) Preuß Urkundenbuch III. S. 203 giebt aus dem letzten Lebensjahre Friedrichs d. G. ein Beispiel, in welchem auf solchem Wege der Inquisit der vom Könige, anstatt dreijähriger Festungsstrafe, erkannten Todesstrafe entging.

10) Cf. Cod. Frid. P. IV. tit. 5. §. 8. lit. N.

11) Vgl. Verbessertes Landrecht des Königreichs Preußen v. 1721. P. III. Bd. VI. tit. 4. §. 7.

12) Declaration vom 12. Juli 1732. Corp. C. M. II. 3. n. 66. Edict vom 9. Januar 1736. Corp. C. M. Const. I. p. 97. 98. 133. 134.

Digitized by Google

ſter Gerechtigkeit übten, einen höchſt heilſamen Einfluß äußern konnte und geäußert hat, andererſeits, daß dieſem Rechte ſeine innere Berechtigung zuerkannt werden muß gegenüber dem damaligen Zuſtande der gemeinrechtlichen Praxis, die, faſt jeden feſten poſitivrechtlichen Haltes entkleidet, jeden Angeklagten dem Zufalle richterlicher Willkür preis gab.

Fünftes Kapitel.

Die Strafgeſetzgebung des Allgemeinen Landrechtes für die preußiſchen Staaten.

---

§. 22.

Die Entſtehung der landrechtlichen Strafgeſetzgebung.

Nach alle dem, was Friedrich d. G. im Verlaufe einer vierzigjährigen Regierung für das materielle Recht, das Prozeßverfahren und die Gerichtsverfaſſung Preußens geleiſtet, und dreißig Jahre, nachdem er den erſten Verſuch einer neuen umfaſſenden Geſetzgebung unternommen hatte, war es ihm in ſeinen letzten Lebensjahren noch beſchieden, das ſo lange erſtrebte große Geſetzeswerk, wenn nicht zu vollenden, ſo doch zu beginnen und ſo weit zu führen, daß deſſen Gelingen geſichert erſcheinen konnte.

Die nächſte Veranlaſſung gab die Entlaſſung des Großkanzlers von Fürſt und die Ernennung des ſchleſiſchen Juſtizminiſters von Carmer zum Großkanzler. Auf deſſen Bericht über den Zuſtand und die erforderlichen Reformen der preußiſchen Geſetzgebung, erfolgte die Cabinets-Ordre vom 14. April 1780 [1]), durch

1) Novum C. C. M. VI. p. 1935.

Digitized by Google

welche der König die bei der beabsichtigten Gesetzgebung zu befolgenden Principien aussprach. Es sind dies im wesentlichen ganz dieselben, welche er bereits in seiner Verordnung vom 31. December 1746 aufgestellt hatte. Auch jetzt wurde auf die Nothwendigkeit hingewiesen, eine Gesetzgebung zu beseitigen, die zum großen Theile in einer, dem Volke unverständlichen, Sprache geschrieben sei, und an mannigfachen Dunkelheiten und Zweideutigkeiten leide. Andrerseits wird aber auch wiederholt anerkannt, daß die justinianische Gesetzgebung in den meisten ihrer Entscheidungen „dem Rechte der Natur und Billigkeit" entspreche, und darum als Grundlage in der Weise beizubehalten sei, daß für alles aus ihr zu Entnehmende „Vernunft und Landesverfassung" die Norm sein, und dieses durch das von der Landesgesetzgebung dargebotene Material ergänzt und zu einem allgemein verständlichen, deutschen und vollständigen Gesetzbuche zusammengetragen werden solle. Eben so, wie das Coccejische Gesetzbuch, sollte das nunmehr beabsichtigte, mit völliger Beseitigung des gemeinen Rechtes, an dessen Stelle treten, nur mit dem Unterschiede, daß jetzt ausdrücklich die Fortdauer der neu zu codifizirenden Provinzialrechte ausgesprochen wurde.

In Betreff des Strafrechtes folgte man bei der nunmehr beginnenden Bearbeitung des Gesetzbuches nicht dem Beispiele von Bayern und Oestreich, sondern behandelte es nur als einen Abschnitt des, das gesammte materielle Recht umfassenden, Gesetzbuches. Die Geschichte der Abfassung dieser neuen Strafgesetzgebung ist daher mit der des ganzen Gesetzbuches verflochten, und es kann deshalb im allgemeinen in Betreff derselben auf die bereits vorhandenen Bearbeitungen verwiesen werden [2]). Eine, die innere Einheit des Werkes fördernde, Eigenthümlichkeit des Planes, den der Großkanzler bei der Abfassung befolgte, war es, daß die Männer, deren er sich als Gehilfen bediente, nicht auf die

2) Simon Bericht über die scientivische Redaction der Preuß. Gesetzgebung a. a. O. Grävell Commentar zur Allg. Gerichts-Ordnung Th. 1. S. 3 flg. Bornemann systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts 1. Aufl. Th. 1. S. 100. Bielitz pract. Commentar zum Allgemeinen Landrecht I. S. 4 flg. Ergänzungen und Erläuterungen der Preuß. Rechtsbücher von Gröff, Koch, Rönne, Simon, Wenzel Thl. 1. Abth. 1. S. 3 flg.

Digitized by Google

Bearbeitung des einen oder anderen Theiles verwiesen wurden, sondern daß ihre Thätigkeit in der Regel sich über das gesammte Werk erstreckte, so daß also auch der, das Strafrecht behandelnde, Theil seine Entstehung nicht dem überwiegenden Einflusse eines derselben verdankt. In solcher Weise erstreckten sich die Vorarbeiten von Volkmar und Pachaly, und deren Redaction durch Klein, über alle einzelnen Theile, und eben so wurde der erste Entwurf des Gesetzbuches, seinem ganzen Umfange nach, von Suarez abgefaßt.

Aus der Umarbeitung dieses Entwurfes, nach Maßgabe der von der Gesetz-Commission gelieferten Monita, ging der, in den Jahren 1784 bis 1788 in sechs Abtheilungen im Drucke erschienene, „Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten" hervor. Erst nachdem dieser Entwurf an eine große Zahl Gelehrter, praktischer Juristen und Sachverständiger mit der Aufforderung einer Begutachtung verschickt worden, und für die gründlichste Prüfung der einzelnen Abtheilungen Preise ausgesetzt waren, machte sich bei den einzelnen Theilen, und so auch beim Strafrechte, der Einfluß einzelner Persönlichkeiten geltend. Von den elf, das Strafrecht betreffenden, Preisschriften, welche einliefen, wurden die von Hippel in Königsberg und Globig in Dresden gekrönt, und fanden bei der späteren Umarbeitung besondere Beachtung. Diese Umarbeitung, bei welcher außerdem auch die Monita der Regierungen und sonstiger Behörden, so wie der Provinzialstände berücksichtigt wurden, ist im wesentlichen wiederum das Werk von Suarez, während jedoch beim Strafrechte zugleich Klein betheiligt war. Hieraus ging, nach einer schließlichen, durch die Gesetz-Commission und den Großkanzler erfolgten Revision, das Allgemeine Gesetzbuch für die preußischen Staaten hervor, das, nach dem Publikationspatente vom 20. März 1791, mit dem 1. Juni 1792 in Wirksamkeit treten sollte. Die in dem 20. Titel des 2ten Theiles enthaltene Strafgesetzgebung fand aber sofort eine sehr ausgedehnte Wirksamkeit, da nach §. XVIII. des Publikationspatentes in allen, nach dem Tage der Publikation, und also noch vor dem 1. Juni 1792 zur Entscheidung kommenden, Criminalfällen die Strafen des neuen Gesetzbuches ver-

Digitized by Google

hängt werden sollten, insofern sie, was fast überall der Fall war, gelinder seien als die, welche nach den bisherigen Gesetzen hätten statt finden müssen [3]).

Die Veränderungen, welche mit dem Allgemeinen Gesetzbuche vorgenommen wurden, nachdem es durch die Cabinets-Ordre vom 18. April 1792 wiederum suspendirt worden war, berührten das Strafrecht nicht, das unverändert in das, am 5. Februar 1794 publicirte und am 1. Juni 1794 in Gesetzeskraft tretende, Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten überging.

§. 23.

Die leitenden Gesichtspunkte bei der Abfassung der landrechtlichen Strafgesetzgebung.

Wenn bei der Bearbeitung des Strafrechtes zwar im allgemeinen derselbe Plan festgehalten wurde, wie bei der Bearbeitung der übrigen Theile des Gesetzbuches, so war dennoch hier, im Verhältnisse zu den Quellen des gemeinen Strafrechtes, eine viel tiefer eingreifende Reform erforderlich und auch beabsichtigt, als dies beim Privatrechte der Fall war. Wie weit auch bereits Doctrin und Praxis von den positivrechtlichen Normen abgewichen waren, so vermochten sie doch den Widerspruch der strafrechtlichen Grundsätze des römischen Rechtes und der Carolina einerseits, der Zustände und der Gesittung des 18ten Jahrhunderts andererseits, kaum nothdürftig zu verdecken, geschweige denn auszugleichen, und doch hatte zugleich jeder Schritt vorwärts mit Nachtheilen aller Art erkauft werden müssen. Die bestehenden Criminalgesetze, welche, wie Klein sagt [1]), sich aus der Zeit herschreiben, „wo in dem Kampfe zwischen herrschender Barbarei „und emporstrebender Aufklärung, letztere in den Köpfen und „Herzen derjenigen, auf welchen die gesetzgebende Macht beruhte, „nur sehr wenig Raum gewonnen hatte", konnten darum nur in

3) Die in Kleins Annalen der Gesetzgebung u. s. w. seit 1791 mitgetheilten Strafurtheile sind fast ohne Ausnahme nach Maßgabe der neuen Gesetzgebung entschieden.

1) Kurze Nachricht von dem neuen preußischen Gesetzbuche u. s. w. in den Annalen Bd. VIII. S. XXII.

Digitized by Google

sehr beschränktem Maße als Grundlage der neuen Gesetzgebung dienen, die vielmehr in ihrem Streben, „dem Genius einer menschenfreundlicheren und sanfteren Philosophie" zum Siege zu verhelfen, insoweit sie nicht eine ganz neue Schöpfung versuchte, sich überwiegend auf die schon längst gegen „den blutdürstigen Geist jener älteren Gesetzgebung" ankämpfende Doctrin und Praxis verwiesen sah. Darum weicht freilich die preußische Strafgesetzgebung in ihrem ganzen Charakter sehr weit ab von den ihr vorangehenden Strafgesetzbüchern Bayerns und Oestreichs, die mit ihren umfangreichen Anordnungen über die Anwendung der Folterinstrumente, mit ihren, der Härte der Carolina wenig nachgebenden, Strafen, freilich nichts vom Geiste jener menschenfreundlicheren Philosophie und Aufklärung verriethen, sondern, durchaus noch auf dem Standpunkte des revidirten preußischen Landrechtes von 1721 und der in Schlesien geltenden Josephinischen Halsgerichts-Ordnung von 1708 stehend, nur bemüht waren, um den Gefahren der richterlichen Willkür zu begegnen, aus den Bestimmungen des römischen Rechtes, der Carolina und der älteren Landesgesetzgebung ein einheitliches, alle Widersprüche und Zweifel lösendes, Strafgesetzbuch zu bilden. Im Gegensatze zu diesen Gesetzbüchern stellt sich allerdings das preußische Strafrecht als das Ergebniß der oben geschilderten reformatorischen Bewegung dar, die besonders seit der Mitte des 18ten Jahrhunderts in der Wissenschaft wie in der öffentlichen Meinung sich Bahn gebrochen hatte. Indem es dieser in allen Beziehungen die ihr gebührende Berücksichtigung zu Theil werden ließ, und dennoch andererseits sich davor bewahrte, von ihr sich blindlings fortreißen, und allein von den abstrakten, oft sehr phantastischen, Forderungen der Doctrin bestimmen zu lassen, indem es vielmehr zugleich feststand auf dem Boden des geschichtlich gewordenen Rechtes und der gegebenen sittlichen, socialen und politischen Zustände des Volkes, muß ihm unzweifelhaft das Verdienst eines höchst bedeutsamen, ja Epoche machenden, Fortschrittes zugestanden werden. Andererseits war freilich ein Zeitalter, das noch in vollster Gährung begriffen war, das auf allen Gebieten des geistig sittlichen Lebens seine Kraft vorzüglich der kritischen Zersetzung und Auf-

Digitized by Google

lösung der gegebenen Zustände widmete, ein Zeitalter, das besonders in den öffentlichen Rechtsverhältnissen Deutschlands Altes und Neues, und selbst das Widersprechendste, in wunderbarem Gemische sich die Hand reichen sah, sehr wenig geeignet, gerade auf dem Gebiete des Strafrechtes, das in so unlöslicher Verbindung mit den Formen des socialen und politischen Lebens steht, eine Schöpfung hervorzubringen, der man ein langes Leben hätte verheißen können. Nicht ihre Schuld war es, daß das Zeitalter, aus welchem sie hervor ging und dem sie innerlich angehörte, schnell vorüber ging, und ihr Werth kann am wenigsten nur in Rücksicht auf ihre Lebensdauer bestimmt werden, sondern ist abzumessen an dem, was sie unmittelbar für ihre Zeit, im Vergleiche mit dem vorangegangenen strafrechtlichen Zustande, und mittelbar für die Zukunft, als eine nothwendige Vorstufe derselben, geleistet hat.

Das Allgemeine Landrecht unterscheidet sich von früheren wie späteren Gesetzgebungen zuvörderst wesentlich dadurch, daß es der Strafgesetzgebung eine, weit über ihr eigenthümliches und nächstes Ziel hinausreichende, Aufgabe stellt. Der Grund davon liegt nicht bloß in den eigenthümlichen Principien der damals herrschenden strafrechtlichen Doctrinen, sondern namentlich auch in den politischen Anschauungen der Zeit, die hier nur kurz berührt werden können. Die hervorstechende Eigenthümlichkeit in der Bildungsgeschichte des preußischen Staates, seit der Zeit des großen Churfürsten, war es, daß er groß geworden war, indem er, unaufhaltsam fortschreitend, die Elemente des feudalen, mittelalterlichen Staatslebens vernichtete. In der Vollziehung dieser Aufgabe, die feudalen Institutionen aufzulösen und sie in die des modernen Staates umzubilden, war Preußen sowohl Oestreich, dem die nationale Verschiedenheit seiner Völker hindernd entgegen stand, als allen übrigen deutschen Staaten, denen größtentheils die Kraft und Befähigung selbständigen Staatslebens gebrach, voran geeilt, und hatte sie unter der Regierung Friedrichs d. G. im wesentlichen vollendet, so weit sie sich mit dem Mittel absoluter Fürstengewalt vollenden ließ. Der Absolutismus aber war nicht bloß die, das gesammte äußere wie innere

Digitized by Google

Staatsleben der europäiſchen Völker damals beherrſchende Macht, ſondern, wie oppoſitionell ſich auch die öffentliche Meinung gegen die gegebenen Staatszuſtände verhalten mochte, zugleich der eigentliche Kern der herrſchenden politiſchen Doctrin. Die Oppoſition der öffentlichen Meinung und politiſchen Doctrin richtete ſich zum Theil gegen die noch vorhandenen Reſte des Feudalismus, zum Theil auch gegen die Form, in welcher praktiſch der Abſolutismus auftrat, nicht gegen ſein Weſen. Politiſche Praxis wie Doctrin kamen in der Forderung einer abſoluten, alle individuelle Selbſtändigkeit und Berechtigung vernichtenden, alle Sphären des geiſtig ſittlichen Lebens dem Staate und ſeinen Zwecken ſchlechthin unterordnenden, Staatsgewalt überein; aber wenn in der Praxis die abſolute Gewalt erfüllt war mit dem concreten, zufälligen, perſönlichen Meinen und Wollen des Fürſten, forderte die Doctrin den abſtrakten, nur mit den nothwendigen und weſentlichen Zwecken des Staates erfüllten, Staatswillen. Hierauf wurde ſo ſehr alles Gewicht gelegt, daß man, namentlich in Deutſchland, gar nicht daran dachte, ſich das Bild irgend einer beſtimmten, zu erſtrebenden Staatsform zu entwerfen, ſondern das politiſche Ideal allein in dem aufgeklärten Fürſten ſuchte, der, mit völliger Verleugnung der eigenen Individualität, nicht Fürſt, ſondern abſtrakte Staatsperſon, das Staatsoberhaupt, iſt, das dem Volke weiſe Geſetze verleiht und dieſe mit ſtrengſter Gerechtigkeit handhabt. Hiermit aber ſteht die mechaniſche Auffaſſungsweiſe des Staates in nothwendiger Verbindung. So wie in der abſoluten Staatsgewalt alles Recht und alle Macht concentrirt iſt, ſo geht auch von ihr allein alles Leben und alle Thätigkeit aus, weshalb der Staat eines ſelbſtändigen politiſchen Lebens und einer ſelbſtändigen Thätigkeit ſeiner Glieder für öffentliche Zwecke nicht nur nicht bedarf, ſondern vielmehr bemüht ſein muß, jede Regung eines ſolchen Lebens und Thuns als ein Hemmniß für den regelmäßigen Gang der, vom Mittelpunkt aus in Bewegung geſetzten, Staatsmaſchine möglichſt zu unterdrücken. Gehorſam des Volkes gegen das Geſetz und die Gebote des Staates, dies allein iſt erforderlich; daß aber dieſer Gehorſam nicht allein auf der Macht des Staates, ihn zu erzwingen, beruhen

Digitized by Google

könne, daß er einer sittlichen Grundlage bedürfe, und daß diese sittlichen Kräfte des Volkes, deren der Staat bedarf, nur, indem ihnen Raum zur Bethätigung für öffentliche Zwecke gewährt wird, entwickelt und gekräftigt werden können, davon freilich war nicht die Rede. Hatte doch das Naturrecht seit länger als einem Jahrhundert in seinem Streben, das Recht in seiner Selbständigkeit und Unabhängigkeit von jeder anderen Form und Gestalt des geistig sittlichen Lebens, und namentlich von Religion und Moral, zu sichern, daran gearbeitet, das Recht zu entsittlichen und Familie und Staat auf ein, der individuellen Willkür entspringendes, Vertragsverhältniß zu reduciren; wie hätte es darum jetzt anders geschehen sollen, als daß der Staat, jedes weiteren Inhaltes entkleidet, nur noch als ein abstraktes Rechtsverhältniß erschien, das, ohne wirkliches Leben, nur durch das, von oben kommende Gesetz und Gebot in eine verschiedenartige Bewegung versetzt wird. Insoweit daher überhaupt die geistigen und sittlichen Kräfte des Volkes im Staatsleben in Betracht kommen, geschieht dies nicht darum, weil von ihnen eine positive Förderung der staatlichen Zwecke erwartet oder gefordert würde, sondern nur, weil die intellectuelle und sittliche Bildung, die Aufklärung des Volkes, die Rohheit der Sitten mildert und darum ein gewaltsames Widerstreben gegen das Gebot und die Macht des Staates weniger zu fürchten ist. Aber selbst dieses bescheidene Maß derartiger Kräfte soll nicht frei aus dem Volksleben selbst erwachsen, sondern gerade in derjenigen Form und Gestalt, in welcher man es zu bedürfen glaubt, durch die Allmacht des absoluten Staates und seines Gesetzes unmittelbar hervorgebracht werden. War es deshalb in der zweiten Hälfte des 18ten Jahrhunderts allerdings zum Stichworte der Zeit geworden, eine volksthümliche Gesetzgebung in dem Sinne zu fordern, daß das Recht wieder vom Volke unmittelbar gewußt und auf dem Grunde eigener Erkenntniß geübt werden sollte, so sollte doch diese Einheit des Volkes und seines Rechtes hervorgebracht werden, nicht indem man Recht und Staat aus dem Volke heraus, sondern vielmehr in dasselbe hinein bildete.

In welcher Weise auf der Basis derartiger Anschauungen

Digitized by Google

die Aufgabe der Strafgesetzgebung aufgefaßt wurde, das wird sich hiernach leicht ermessen lassen. Die Strafgesetzgebung soll die gesammte staatliche Ordnung gegen die rechtsverletzende Willkür des Einzelnen schützen. Hierzu ist allerdings zuvörderst das Strafgesetz erforderlich, das durch die Drohung der Strafe vor der Begehung des Verbrechens warnt, durch die Ausführung der Strafe die Schuld des Verbrechers sühnt, ihn bessert, Andere von gleichem verbrecherischen Thun abschreckt und damit den Staat vor künftigen Störungen des Rechtsfriedens sichert. Aber die Bestrafung des geschehenen Verbrechens ist nur das eine Mittel für jenen Zweck, das, wenn es allein zur Anwendung käme, sogar seine innere Berechtigung verlieren würde. Darum muß eben so sehr der Verletzung des Rechtes vorgebeugt werden, indem nicht bloß das Verbrechen, sondern auch die, in ihren möglichen Folgen dem Rechte gefährliche, Handlung verboten, Alles, was den verbrecherischen Willen reizen, oder sonst zur Begehung des Verbrechens Anlaß geben könnte, hinweg geräumt wird. Aber nicht bloß auf diese negative, das Verbrechen durch Strafe abwehrende und aufhebende Thätigkeit hat sich der Staat zu beschränken. Denn „der peinliche Gesetzgeber ist der Arzt des „Staates" und kann er durch gute Diät den Patienten heilen, so fordert es die Gerechtigkeit, daß er sich nicht heftiger Arzneien bediene [2]). Dieses gelindere, der Strafe stets vorhergehende, Mittel ist aber die, das Verbrechen von selbst zurückweisende, sittliche Willensbestimmung der Einzelnen, die Tugend, die darum der Staat auf dem Wege der Gesetzgebung unmittelbar hervorzurufen, zu befestigen und zu fördern die Pflicht hat. Es geschieht dies vor Allem durch die Erziehung, und darum ist es die Aufgabe der Strafgesetzgebung, gebietend und verbietend hineinzugreifen in das Innere der Familie und der Schule, um sie ihren Zwecken gemäß zu gestalten, ja das Strafgesetz selbst muß in Familie und Schule zu einem der wichtigsten Erziehungs- und Bildungsmittel erhoben werden. Es geschieht ferner durch Ausbreitung der Künste und Wissenschaften, da durch „die Auf-

2) Globig und Huster Abhdlg. von der Criminal-Gesetzgebung S. 12.

klärung" des Volkes die wichtigen Quellen der Verbrechen: Armuth und Müßiggang, Aberglaube und Vorurtheile, verstopft werden. „Die Religion ist die unsichtbare Führerin zur Tugend" und war deshalb überall „das erste Vereinigungsband" der Völker. „Es ward selbiges, eben so wie die Polizei, gleichsam ein Anhang jenes ersten, den Staat gründenden, Vertrages, und erlangte eben dieselbe Verbindlichkeit" [3]). Daß also der Strafgesetzgeber für seine Zwecke auch über die Religion, diesen Anhang zum Staatsvertrage, zu verfügen habe, konnte keinem Zweifel unterliegen. Hat aber die Tugend eine so wichtige Bedeutung für die rechtliche Ordnung, so ist es endlich auch eine unabweisbare Consequenz, daß neben die Bestrafung des Verbrechens die vom Staate zu ertheilende Belohnung der Tugend trete, und zwar nicht bloß der politischen, sondern besonders der moralischen, „die der peinliche Gesetzgeber viel mehr braucht" als jene [4]). Es ergiebt sich hieraus, daß der Strafgesetzgebung eine Aufgabe gestellt wurde, vermöge deren sie nur sehr uneigentlich als „Strafgesetzgebung" bezeichnet werden konnte, da die Bestrafung des Verbrechens gar nicht ihr einziger oder auch nur wesentlicher Zweck ist. Sie unternimmt vielmehr nichts Geringeres, als für die Zwecke des Staates und durch seine gesetzgebende Gewalt eine, das gesammte sittliche Leben des Volkes umfassende und in alle Gebiete desselben eingreifende, Ordnung herzustellen.

Die Züge zu dem Bilde, das man sich gegen Ende des 18ten Jahrhunderts in Deutschland von dem Ideale einer Strafgesetzgebung entworfen hatte, finden sich im einzelnen überall in der, schon oben charakterisirten, strafrechtlichen und criminalpolitischen Litteratur jener Zeit. Von entscheidender Bedeutung für dasselbe war aber die mehrfach erwähnte Preisschrift von Globig und Huster, und daß diese es war, welche auf die eigenthümliche Tendenz der preußischen Strafgesetzgebung einen überwiegenden Einfluß ausübte, kann um so weniger bezweifelt werden, als Globig

3) Globig und Huster a. a. O. S. 23. Der nicht ganz unmögliche Fall, „daß eine Republik von Atheisten bestehen könne", wird hier, als das Ungewöhnliche, nicht näher berücksichtigt.

4) Globig und Huster a. a. O. S. 13.

Digitized by Google

für seine Beurtheilung des Entwurfes derselben mit dem Preise gekrönt wurde. Daß dennoch der 20. Titel des 2ten Theils des Allgemeinen Landrechtes überwiegend ein wirkliches Strafgesetzbuch ist, kann nicht geleugnet werden, da es freilich sehr erklärlich ist, daß der Gesetzgeber durch die Sprödigkeit der gegebenen, und einer willkürlichen Umgestaltung sich entziehenden, Zustände, sich sehr vielfach genöthigt sieht, bewußt und unbewußt gegen die eigenen Prinzipien zu verstoßen und gar manche Forderung des Ideals herabzustimmen oder zum Opfer zu bringen. Gleichwohl giebt die Strafgesetzgebung des Allgemeinen Landrechtes Anhaltspunkte genug, um die geschilderte Tendenz in ihr wiederzufinden.

Von besonderem Interesse ist in dieser Beziehung eine Vergleichung des Entwurfes, der in den ersten 82 Paragraphen eine Reihe, die angegebene Tendenz sehr scharf charakterisirender, Bestimmungen enthält, die nur sehr verkürzt oder gar in das Landrecht übergingen. Der Grund davon liegt aber nicht darin, daß man später eine andere Richtung eingeschlagen hätte, sondern es spricht sich hierüber eine Anmerkung des Entwurfes genügend aus. „Das „Criminal-Gesetz-Buch", so heißt es hier, „muß noch mehr als „das bürgerliche, ein eigentlicher Volks-Codex sein, der nicht nur „überhaupt dem großen Haufen der Einwohner des Staates, so „viel als möglich in die Hände zu bringen, sondern auch selbst „bei dem Schulunterricht mit zu Grunde zu legen ist. Es muß „also aus kurzen und deutlichen Vorschriften bestehen, wonach „die Bürger des Staates ihr Verhalten einrichten können, durch „erlangte Kenntniß der schädlichen Folgen eines jeden Verbrechens, „gegen dessen Begehung gewarnt und davor abgeschreckt wer„den". Diesem Zwecke meinte man, würde es widersprechen, wenn man bei den allgemeinen Bestimmungen sich zu tief in die feineren Unterscheidungen einlassen wollte, weshalb man späterhin hier noch mehr abkürzte, und das, was man etwa vermissen möchte, „der besonders abzufassenden Instruktion für den Richter" vorbehielt.

Wenn §. 1 im Allgemeinen Landrecht (II. 20) die Pflicht der Obrigkeit und jedes Vorgesetzten im Volke Laster und Verbrechen zu

Digitized by Google

verhüten obenan stellt, so giebt der Entwurf als die Mittel hierzu: Aufklärung, Sittlichkeit und Arbeitsamkeit an. Darum werden hier wie dort Aeltern, Erzieher, Meister, Lehrer und Prediger, bei Androhung crimineller Verantwortlichkeit, an ihre Pflichten erinnert. Diese Pflichten werden im Entwurfe näher ausgeführt, und namentlich erhalten die Prediger Anweisung für ihre seelsorgerische Thätigkeit, bei welcher sie nöthigenfalls die Obrigkeit zu Hilfe nehmen sollen. Wenn das Allgemeine Landrecht nur im allgemeinen Verachtung der Religion und Verführung der Unschuld mit Strafe bedroht, so macht der Entwurf Jeden für die Verbrechen verantwortlich, die daraus erwachsen könnten, daß er durch Worte, Schrift oder Beispiel Andere zur Mißachtung der Religion und des Gesetzes oder zu lasterhaften Neigungen veranlaßt habe. Aber eben so wie der Staat für die intellectuelle Bildung, für Sittlichkeit und Religiosität zu sorgen, sie als Rechtspflicht zu gebieten und darum Aberglaube, Unsittlichkeit und Irreligiosität zu verbieten und zu bestrafen hat, eben so ist es seine Aufgabe, um Müssiggang und Armuth und die daraus entspringenden Verbrechen abzuwehren, für das wirthschaftliche Leben des Volkes zu sorgen. Das Allgemeine Landrecht legt der Obrigkeit die Pflicht auf, Bettler, Landstreicher und Müssiggänger zur Arbeit zu nöthigen und die Arbeitsunfähigen zu versorgen, eine Pflicht, welcher das in unseren Tagen geforderte Recht auf Arbeit, die der Staat zu gewähren habe, entspricht. Der Entwurf führt die Consequenzen weiter aus, indem er Fleiß und Wirthschaftlichkeit zur Rechtspflicht macht, und die Behörden anweist, liederliche Hauswirthe, Trinker, Verschwender durch Zwangsmittel zu den Pflichten gegen sich selbst und ihre Familien anzuhalten. Jeder ist verbunden, der Ortsobrigkeit die Quellen seines Unterhaltes nachzuweisen, und diese muß richtige und vollständige Tabellen über die Gewerbe und den Nahrungsbetrieb sämmtlicher Einwohner führen und sie dem Polizeidepartement vorlegen. Diese Allmacht des absoluten Staates, vor welcher alle individuelle Selbständigkeit verschwindet, welche alle geistigen und moralischen Qualitäten, so weit ihrer der Staat zu bedürfen glaubt, in Rechtspflichten, alle sittlichen Beziehungen der

Digitized by Google

Menschen in abstrakte Rechtsverhältnisse verkehrt, und, in dem Streben, sie nur für die staatlichen Zwecke zu benutzen und dem gemäß durch das Gesetz zu gestalten, sie in ihrem innersten Wesen verletzt, — diese Allmacht giebt sich, abgesehen von jenen einleitenden, allgemeinen Grundsätzen, in gleicher Weise bei der Behandlung der einzelnen Verbrechen kund. Bei allen Verbrechen stehen neben den eigentlichen Strafbestimmungen höchst umfangreiche polizeiliche Anordnungen, durch welche nicht bloß verbrecherischen Handlungen, sondern auch allen möglichen, nicht verbrecherischen, Beschädigungen vorgebeugt werden soll. Hatte auch in dieser Beziehung die Globig-Hustersche Preisschrift, und besonders Globigs Zugabe zu derselben: „Theorie der Strafgerechtigkeit in Polizei-Sachen", unverkennbar den bedeutsamsten Einfluß geäußert, so scheint man doch die Warnung, die selbst Globig [5]) aussprechen zu müssen geglaubt hatte, nicht in gleichem Maße beachtet zu haben. So wurde denn allerdings eine Polizeigewalt geschaffen, welche fast eine jede Lebensäußerung des Menschen zu überwachen hatte, welche selbst bis in das Innerste des häuslichen Lebens sich eindrängte, um hier die Beschaffenheit des Küchengeschirrs, die Art wie Mütter und Ammen mit Säuglingen umzugehen haben, zu beaufsichtigen, und schwangere Frauen gegen heftige Gemüthsbewegungen durch Strafmittel zu schützen [6]). Hätten diese, zum größten Theile unausführbaren, Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes jemals wirklich praktische Bedeutung erlangen können, so würden sie freilich die Wirkung gehabt haben, vor welcher Globig warnte: sie würden die Moralität des Volkes zerrüttet, die Unterthanen zu Sklaven gemacht, kleine Vergehen verhindert und damit Anlaß zu großen Verbrechen gegeben haben.

Mit den vorangestellten allgemeinen Grundsätzen stimmt ferner nicht weniger überein die Art, wie im einzelnen Religion, Moralität, das sittliche Verhältniß der Familienmitglieder für die Zwecke des Strafrechtes gebraucht, oder besser mißbraucht werden. Von Staats wegen und durch das Staatsgesetz wird

5) Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung S. 21.
6) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 728 flg.

Digitized by Google

die religiöse Belehrung und Bekehrung des Gotteslästerers, des Abergläubigen und Irrgläubigen befohlen [7]), wird die Pflicht opferwilliger Nächstenliebe geboten, die Lieblosigkeit bestraft und dem Edelmuthe Belohnung verheißen [8]), wird unter Strafandrohung den Aeltern vorgeschrieben, wie sie die Sittlichkeit und Keuschheit der Kinder zu überwachen haben, während zugleich der Mutter die Pflicht auferlegt wird, die vierzehnjährige Tochter genau zu unterrichten über die Kennzeichen der Schwangerschaft und die Vorsichtsregeln bei Schwangerschaft und Niederkunft [9]).

In Bezug auf die Form und Fassung der Strafgesetzgebung des Allgemeinen Landrechtes ist bereits bemerkt, daß vor Allem das Streben darauf gerichtet war, einen volksthümlichen Codex abzufassen. Daß man sich nicht der lateinischen, sondern nur der deutschen Sprache bedienen dürfe, konnte freilich am Ende des 18ten Jahrhunderts nicht mehr fraglich sein, wohl aber ist es bemerkenswerth, daß man sehr geflissentlich alle technischen, lateinischen Bezeichnungen vermied, während noch Cocceji ihrer nicht glaubte entbehren zu können. Aber nicht bloß durch den Gebrauch der Volkssprache, sondern auch durch eine möglichst deutliche Fassung sollte das Gesetz dem Verständnisse des Volkes nahe gebracht werden, und man wird allerdings das Streben nach einer einfachen, verständlichen Ausdrucksweise, die sich von den hergebrachten Formen und Formeln der Doctrin möglichst fern hält, anerkennen müssen. Diese Volksthümlichkeit wurde ferner erstrebt durch Bestimmtheit und Vollständigkeit der strafrechtlichen Anordnungen, damit auch der Ungelehrte, unvermittelt durch wissenschaftliche Untersuchung der Rechtsquellen und juristischen Litteratur, in jedem Falle über seine rechtlichen Pflichten sich zu belehren vermöge. Wie wenig durch solche Mittel die gewünschte Volksthümlichkeit zu erreichen war, bedarf keiner Erläuterung. Ganz wesentlich hängt aber hiermit das Verhältniß zusammen, in welches sich die preußische Strafgesetzgebung zur Wissenschaft und Praxis stellte.

---

7) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 217 flg.
8) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 782—84.
9) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 902.

Digitized by Google

Daß Doctrin und Praxis, vermöge ihres willkürlichen Waltens, den Haß des Zeitalters auf sich geladen hatten, und daß man ihnen einen größeren Theil der Schuld des kläglichen strafrechtlichen Zustandes jener Zeit zur Last legte, als ihnen billig zukam, ist erklärlich; aber es konnte dies kein genügender Rechtfertigungsgrund für die feindselige Behandlung sein, die ihnen durch die preußische Gesetzgebung zu Theil wurde, und die überdies nur geeiguet war, das Gegentheil dessen zu erreichen, was sie erstrebte. Es ist genugsam bekannt, wie Friedrich d. G. von jeher den Grund aller Mängel des bestehenden Rechtszustandes wesentlich darin erblickte, daß durch die Unbestimmtheit und Unvollständigkeit der Gesetzgebung eine, nur zu leicht in Sophisterei und Chikane ausartende, wissenschaftliche Thätigkeit der Juristen provocirt werde, und daß es insbesondere darauf ankomme, das Volk von diesem auf ihm lastenden Drucke zu befreien. Diese Anschauung war aber, wie bereits oben erwähnt wurde, gegen Ende des 18ten Jahrhunderts zum festen Dogma geworden, und es stimmte freilich nur zu sehr mit der mechanischen Auffassung des Staates überein, wenn man die Gesetzgebung auch in dem Sinne volksthümlich einzurichten bemüht war, daß die Rechtsanwendung zu einer rein mechanischen, von dem Denkverfahren des Richters und der Juristen völlig unabhängigen, Thätigkeit werden könne. Darum ging man auch hier den Weg, den schon Globig und Huster vorgezeichnet hatten, indem sie Vollständigkeit und Bestimmtheit forderten, damit „nichts dem Befinden des Richters überlassen bleibe", und so geschah es, wie sie vorausgesagt hatten, daß nämlich „dadurch das Gesetzbuch ziemlich dick ausfallen" werde [10]). Hatten sie doch den Trost hinzugefügt, daß dann auch die Rechtsgelehrsamkeit mit ihrer wächsernen Nase, die ihren Ursprung nur den Zeiten der Barbarei verdanke, in denen Niemand an so vollständige und bestimmte Gesetze dachte, ihr Ende erreichen werde. Es bedarf hier, und nachdem auch in dieser Beziehung der Charakter des Allgemeinen Landrechtes anderweitig schon vielfach erörtert worden ist, keiner weitläufigen Auseinandersetzung

10) A. a. O. S. 30 flg.

darüber, welcher Erfolg nothwendig eintreten muß, wenn in solcher Weise die Wissenschaft mißachtetet und in ihrer Stellung zum positiven Rechte verkannt wird, und wenn deshalb auch vom Richter nicht eine wissenschaftliche Befähigung, sondern nur eine, den sogenannten gesunden Menschenverstand voraussetzende, mechanische Thätigkeit gefordert wird. Indem man das Vertrauen verloren hat, daß Wissenschaft und Praxis fähig sein werden, aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze das Besondere und Einzelne mit logischer Folgerichtigkeit zu entwickeln, büßt das Gesetz den ihm wesentlichen Charakter der Allgemeinheit ein, und verliert sich in der Masse des Einzelnen, die gleichwohl sehr bald sich als unerschöpflich darstellen muß. Anstatt durch diese vermeintliche Bestimmtheit und Deutlichkeit, welche freilich das Gesetz dem geringen Maße intellectueller Befähigung, das man gesunden Menschenverstand nennt, um so näher bringt, je weiter es sich von der Allgemeinheit des Begriffes entfernt, und sich nur in concreten Anschauungen und Vorstellungen bewegt, die Wissenschaft und wissenschaftliche Befähigung des Richters entbehren zu können, anstatt hierdurch die glücklichen Zeiten herbeizuführen, „da der Einfältigste mit leichter Mühe seine Schuldigkeiten „gegen den Staat und seine Mitbürger erfahren, da er selbst „sein eigener Advokat sein kann“ [11]), erschafft man eine Gesetzgebung, welche der Wissenschaft, wenn möglich in erhöhtem Maße, bedarf, nur daß die Aufgabe derselben um so schwieriger wird, je schwieriger es ist, das positive Recht in eine feste begriffliche Form zu fassen, wenn es selbst nur zu oft des begrifflichen, rationellen Gehaltes entbehrt; eine Gesetzgebung, welche nicht weniger des vernünftigen richterlichen Ermessens bedarf, nur daß dieses wieder um so schwankender wird, je weniger es auf die logische Subsumtion des Einzelnen unter das Allgemeine, je mehr es auf das Schließen aus Analogieen sich verwiesen sieht; eine Gesetzgebung, die, um volksthümlich zu sein, deutlich sein will, und doch dem Volke durch die Masse des Einzelnen und ihre complicirte Casuistik gänzlich unverständlich wird. Dieser Erfolg

11) Globig u. Huster a. a. O. S. 32.

Digitized by Google

blieb nicht aus, denn obwohl die Strafgesetzgebung des Allgemeinen Landrechtes einen Umfang von fast 1600 Paragraphen hat, obwohl sie noch vielfacher Ergänzungen durch anderweitige Bestimmungen des Allgemeinen Landrechtes bedarf, obwohl bei jedem einzelnen Verbrechen, um dem richterlichen Ermessen möglichst enge Schranken zu ziehen, die möglichen verschiedenen Begehungsformen als Unterarten dieses Verbrechens mit selbständigen Strafbestimmungen versehen waren, obwohl man, mit den allgemeinen Bestimmungen sich nicht begnügend, bei den einzelnen Verbrechen immer von Neuem den Einfluß der verschiedenartigen Gestaltung des subjektiven und objektiven Thatbestandes erörtert hatte, so fühlte man doch schon bei Veröffentlichung des Entwurfes, daß dem Streben nach Bestimmtheit und Vollständigkeit bei Weitem nicht genügt sei. Darum wurde noch eine besonders abzufassende Instruktion für den Richter verheißen [12]), welche, außer der eigentlichen Criminal-Prozeß-Ordnung, nähere Regeln darüber enthalten sollte, wie der Richter bei Abfassung des Erkenntnisses zu verfahren habe; wie der Grad der Moralität und der Imputation, nach der Qualität des Verbrechens, nach den Motiven der Handlung, nach den vorhergehenden und begleitenden Umständen, und nach den Folgen der Handlung bestimmt; auf was für Milderungsursachen bei jeder Art der Verbrechen Rücksicht genommen; wie die im Gesetzbuch nur allgemein angegebene Art der ordentlichen Strafe, nach Bewandtniß jeden Falls genauer determinirt; nach welchen Grundsätzen in Fällen, wo die ordentliche Strafe des Gesetzes nicht statt findet, die an deren Stelle tretende außerordentliche abzumessen; wie, und nach welchem Maßstabe die Schärfung der ordentlichen Strafe, in Fällen, wo das Gesetz solche vorschreibt, angeordnet; und wie in Fällen, wo das Factum nicht vollständig auszumitteln ist, verfahren werden solle. Eben diese Instruktion sollte das Verfahren bei Vollziehung der Straferkenntnisse, und die verschiedenen Arten, wie Criminalverbrechen und Strafen aufgehoben werden, näher bestimmen. Dieses

12) Entwurf eines allg. Gesetzbuches für die preuß. Staaten Thl. 1. Abth. 3. S. 221.

Digitized by Google

Versprechen ist bekanntlich durch die Criminal-Ordnung von 1805 nicht in Erfüllung gegangen, und man sieht hiernach, daß es ganz gegen die ursprüngliche Absicht war, wenn der Wissenschaft und der Praxis noch so viel Spielraum gelassen wurde [13]), als dies wirklich der Fall war, und wenn die preußische Strafgesetzgebung, in ihrer beabsichtigten Vollendung, zwar nicht dem Inhalte wohl aber der Form nach, nicht auf gleichem Standpunkte mit Carpzows Practica stand.

In Bezug auf das Verhältniß der Strafgesetzgebung des Landrechtes zu den bisherigen Quellen des Strafrechtes bedarf es kaum mehr der Erwähnung, daß durch dieselbe den Quellen des gemeinen deutschen Strafrechtes alle Geltung völlig entzogen wurde [14]). Da aber den „besonderen Provinzialgesetzen und Statuten" ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit vorbehalten wurde, so daß neben ihnen das Landrecht nur eine subsidiäre Geltung haben sollte [15]), und da dieser allgemeinen Anordnung auch nicht irgend eine Beschränkung, zu Gunsten irgend eines Theiles des Landrechtes, beigefügt war, so würden hiernach auch die etwa vorhandenen provinziellen Quellen des Strafrechtes ihre Geltung haben behalten müssen, was in Preußen um so bedeutsamer gewesen wäre, als hier zwei bedeutende Provinzen, Preußen und Schlesien, bereits eigene, dem 18ten Jahrhundert angehörende, Strafgesetzbücher besaßen. Eine solche Anordnung hat

---

13) Daß die Strafgesetzgebung des Allgemeinen Landrechtes eine feindselige Stellung zur Wissenschaft eingenommen habe, ist neuerdings von Abegg (die preuß. Strafgesetzgebung und die Rechtsliteratur, in Goltdammers Archiv für preuß. Strafrecht II. S. 369) sehr bestimmt geleugnet worden. Allerdings können hierüber einzelne gelegentliche Aeußerungen und gesetzliche Anordnungen wie etwa §. 6 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, allein nicht entscheiden, wohl aber der ganze Charakter der Gesetzgebung. War es, wie gezeigt, die herrschende Richtung der Zeit, die Strafrechtswissenschaft durch die Gesetzgebung überflüssig zu machen, erweist sich das Allgemeine Landrecht auch in dieser Beziehung als ein getreuer Ausdruck der Zeitrichtung, unternimmt es, wie nicht zu leugnen, das Unmögliche, auf dem Wege der Gesetzgebung das zu leisten und festzustellen, was allein die eigenthümliche Aufgabe der Wissenschaft sein kann, verwischt es überall und geflissentlich die nothwendige Grenze zwischen Gesetzbuch und doctrinärem System, so ist ein solches Verhältniß zur Wissenschaft nicht anders als ein feindseliges zu bezeichnen.

14) Publicat.-Patent vom 5. Febr. 1794. Art. 1.

15) A. a. O. art. III.

Digitized by Google

sicher eben so wenig in der Absicht der Redaktoren des Landrechtes gelegen, als sie sich irgend würde rechtfertigen lassen, weshalb denn auch die Praxis sich sofort für die völlig ausschließliche Geltung der neuen Strafgesetzgebung entschied [16]). Späterhin wurde der Grundsatz, daß in Criminal-Sachen keine Provinzialrechte gelten, von der Gesetz-Commission und wiederholt vom Justizministerium ausgesprochen [17]).

§. 24.

Charakteristik der Strafgesetzgebung des Landrechtes.

In Bezug auf den Streit [1]), ob und von welcher der verschiedenen sogenannten Strafrechtstheorieen die Redaktoren des Landrechtes sich haben leiten lassen, muß zuvörderst vollkommen anerkannt werden, daß sie überhaupt gar nicht unter der ausschließlichen Herrschaft einer, am wenigsten einer der sogenannten relativen, Strafrechtstheorieen gestanden haben [2]). Sie stehen hier völlig auf dem Standpunkte ihrer Zeit, in welcher der wissenschaftliche Streit über diese Theorieen noch nicht ausgebrochen war. Hatte man sich freilich schon längst mit der Frage nach dem Zwecke der Strafe beschäftigt, und, wo sie als solche aufgeworfen wurde, sie meist ziemlich übereinstimmend dahin beantwortet, daß die Strafe einer Mehrheit von Zwecken, besonders der Warnung, Abschreckung und Sicherung vor künftigen Verbrechen, zu genügen habe, so hatte man es doch nie unternommen, mit alleiniger Berücksichtigung einer solchen Zweckbestimmung das ganze System des Strafrechtes oder der Strafgesetzgebung zu gestalten. Vielmehr war es doch immer nur der eine allgemeine, alle anderen umfassende Zweck, Gerechtigkeit zu üben, von welchem man sich unwillkürlich leiten ließ, und dem es auch an sich durchaus nicht widerspricht, wenn man in einzelnen Anordnungen

16) Vgl. die Strafurtheile in Kleins Annalen Bd. 13 flg.
17) Ergänzungen und Erläuterungen u. s. w. II. S. 284.
1) Abegg a. a. O. S. 364 flg.
2) Den ausführlichen und völlig überzeugenden Beweis dafür bei Abegg die verschiedenen Strafrechtstheorieen §. 35.

Digitized by Google

allerdings dem einen oder anderen besonderen Zwecke, so z. B. im Landrechte der Abschreckung, eine ausdrückliche Berücksichtigung zuwandte.

Aus der oben kurz berührten Entstehungsgeschichte des Allgemeinen Landrechtes ergiebt sich ferner, wie allseitig anerkannt ist, von selbst, daß es durchaus nicht die Absicht der Redaktoren war, eine, von den gegebenen geschichtlichen Grundlagen sich völlig loslösende, neue Strafgesetzgebung zu schaffen, sondern daß es nur auf eine neue einheitliche Gestaltung des gegebenen Materials, d. h. der gemeinrechtlichen Quellen, der älteren Landesgesetzgebung, der Doctrin und Praxis, wobei freilich im einzelnen vielfache Modifikationen und Neuerungen nicht ausgeschlossen waren, ankam. In welcher Art und in welchem Maße diese Quellen benutzt wurden, in wie weit andererseits die strafrechtlichen Bestimmungen des Landrechtes neu und eigenthümlich erscheinen, bedarf der näheren Betrachtung.

In dem ersten Abschnitte des 2ten Theils 20. Titels des Allgemeinen Landrechtes werden die allgemeinen Grundsätze von Verbrechen und Strafen überhaupt, wenigstens im Verhältniß zum Umfange der ganzen Strafgesetzgebung, ziemlich kurz behandelt. Der Grund dieser verhältnißmäßigen Kürze liegt, wie gezeigt, zum Theil darin, daß Vieles, was an sich hierher gehören würde, der Strafprozeß-Gesetzgebung vorbehalten wurde. Der bei Weitem größte Theil der 83 Paragraphen dieses Abschnittes behandelt die Grundsätze der Zurechnung, und wenn gerade in dieser Beziehung das Landrecht im Vergleich zu demjenigen, was bald nachher auf diesem Gebiete von der Wissenschaft und neueren Gesetzgebung geleistet wurde, veraltet und ungenügend erscheint, wenn gerade hier die Mängel der Redaktion, vermöge deren überhaupt das Strafrecht hinter anderen Theilen des Allgemeinen Landrechtes bedeutend zurücksteht, sich vorzüglich geltend machen, so ist doch ohne Zweifel das Verdienst, das auch diesem Abschnitte zuerkannt werden muß, bisher viel zu wenig gewürdigt worden. Man kann sich dasselbe am besten vergegenwärtigen, wenn man diesen Abschnitt mit den entsprechenden der bedeutenderen deutschen Strafgesetzbücher des 18ten Jahrhunderts,

Digitized by Google

der Josephinischen Hals-Gerichts-Ordnung von 1708, dem revidirten Preußischen Landrecht von 1721, dem Codex iuris bavarici criminalis von 1751 und der Constitutio criminalis Theresiana von 1769 vergleicht. Hier treten die Grundsätze von der Zurechnung noch durchweg in der Form auf, welche sie durch die Doctrin des 17ten und des Anfanges des 18ten Jahrhunderts erhalten hatten [3], d. h. es wird die sogenannte ordentliche Strafe als eine solche betrachtet, welche in Rücksicht auf eine nach allen Seiten ganz individuell bestimmte Form des Verbrechens abgemessen ist, während die verschiedenen Formen der Zurechnung, nach Maßgabe deren sich die Begehung des Verbrechens und die verbrecherische Schuld verschieden gestalten, als Gründe der Milderung oder Schärfung der, damit in eine außerordentliche übergehenden, ordentlichen Strafe erscheinen, und deshalb als solche unterschiedslos mit allen sonstigen, gar nicht die Zurechnung berührenden, Milderungs- Schärfungs- und Aufhebungsgründen der Strafe zusammengefaßt werden. Nur darin weichen die Josephinische Hals-Gerichts-Ordnung, der Codex bavar. und die Theresiana, von Einzelheiten abgesehen, von dem herkömmlichen Verfahren der älteren Doctrin ab, daß sie, um der Kürze willen, nicht bei jedem einzelnen Verbrechen die ganze lange Reihe jener Gründe stets von Neuem erörtern, um das rechte Maß der außerordentlichen Strafe festzustellen, sondern daß sie vielmehr diese Gründe im allgemeinen vorausschicken und nur, wo es als Bedürfniß erschien, ihre Einwirkung auf das besondere Verbrechen gesetzlich normiren. Es sollte darum, wenn man freilich auf der vom Landrechte gegebenen Grundlage sehr schnell weiter fortbaute, doch nicht vergessen werden, daß es das erste deutsche Gesetzbuch war, welches die Grundsätze der criminalistischen Zurechnung annähernd in ihrer eigenthümlichen Bedeutung anerkannt und zur Geltung gebracht hat.

---

3) In Josephs II. Allgemeinem Gesetzbuche über Verbrechen ist dies zwar nicht der Fall, aber es scheint an ihm Alles, was die Doctrin bisher in Betreff der Zurechnungslehre geleistet hatte, spurlos vorüber gegangen zu sein, und die dürftigen, hierher gehörigen neun ersten Paragraphen können sich kaum der Carolina an die Seite stellen.

Digitized by Google

Das Allgemeine Landrecht geht hierbei von folgenden Anschauungen aus. Die Milderung oder Schärfung der Strafe setzt ein normales Maß derselben voraus, von welchem nach der einen oder anderen Seite hin abgewichen wird. Es ist aber widersinnig, wenn in der früheren Art ein bestimmtes Maß der verbrecherischen Schuld zur Grundlage für das normale Maß der Strafe gemacht wird, z. B. also die des absichtlichen Urhebers eines vollendeten Verbrechens, so daß demnach jedes andere Maß der Schuld, z. B. das der Fahrlässigkeit, Beihilfe, des Versuches, nicht als eine eigenthümliche und *selbständige* Gestaltung derselben, sondern nur als ein Milderungsgrund jener, an sich verwirkten normalen Strafe in Betracht kommt. Nur die eigene Schuld des Handelnden, nicht die eines Anderen, kann die Norm für die von ihm verwirkte Strafe sein, und wenn also die fahrlässige Begehung einer Rechtsverletzung geringer bestraft wird als die absichtliche, so ist diese geringere Strafe an sich selbst die normale und kann nicht als Milderung einer hier eben nicht verwirkten härteren Strafe betrachtet werden. Deshalb muß das Maß der verbrecherischen Schuld nach den von der Gesetzgebung aufzustellenden Grundsätzen der Zurechnung, welche mit den Milderungs- und Schärfungsgründen nichts gemein haben, im besonderen Falle festgestellt werden, und in diesem Sinne werden jene Grundsätze der criminalistischen Zurechnung im ersten Abschnitte durchaus selbständig und unabhängig von anderen, nicht dahin gehörenden, die Strafe modifizirenden, Gründen entwickelt. Wenn nun aber, abgesehen von dem, durch die verschiedenartige Gestaltung der Zurechnung bewirkten, verschiedenen Strafmaße, auch im Landrechte noch von Straffschärfungs- und Milderungsgründen die Rede ist, so ergiebt sich hiernach, daß diese nicht in dem, durch dieses besondere Verbrechen an und für sich begründeten Maße der Schuld, nicht in irgend einem, zum Thatbestande dieses Verbrechens gehörenden, Momente, sondern nur in Umständen liegen können, die vom Wesen dieses Verbrechens und seiner besonderen Gestaltung ganz unabhängig, im concreten Falle äußerlich hinzu treten. Darum tritt nach dem Landrechte eine Strafschärfung ein, wenn der Schuldige bereits früher wegen

Digitized by Google

desselben Verbrechens bestraft war, wenn bei der Concurrenz von Verbrechen die verwirkten Strafen so combinirt werden, daß die schwerste verschärft wird, wenn das begangene Privatverbrechen mit Verletzung der Ehrfurcht gegen den Staat, mit einem Mißbrauche der Religion, mit Störung der öffentlichen Ruhe, mit beamtlicher Concussion, mit Verletzung des Hausrechtes concurrirt, u. s. w. [4]). Strafmilderung wird bewirkt durch Anzeige von Mitschuldigen, freiwilliges Geständniß, wenn der Verbrecher die schädlichen Folgen der vollbrachten That freiwillig ganz oder theilweise verhindert, durch freiwilligen Schadensersatz u. s. w [5]). Wenn hiernach das Landrecht in dieser Beziehung vom Standpunkte der früheren Gesetzgebung und Doctrin sich wesentlich unterscheidet, und durch diese Sonderung der Gründe einer verschieden gestalteten Zurechnung und der Gründe der Strafschärfung und Milderung einen bedeutsamen bahnbrechenden Fortschritt bewirkte, so erweckt es doch den Schein der Uebereinstimmung mit jener früheren Auffassung, indem es die Unterscheidung der ordentlichen und außerordentlichen Strafe wieder aufnahm. Aber diese Unterscheidung hat hier eine ganz andere Bedeutung als in der gemeinrechtlichen Doctrin. Uebereinstimmend mit dieser wird die für ein besonderes Verbrechen oder die besonderen Begehungsformen desselben vom Gesetz ausdrücklich bestimmte Strafe die ordentliche genannt [6]). Nicht aber wird eine jede, durch Schärfung oder Milderung bewirkte, Abweichung von der ordentlichen Strafe als außerordentliche bezeichnet, sondern die außerordentliche ist hier stets eine geringere als die ordentliche Strafe, und eine solche, die nicht für den besonderen Fall festgestellt, sondern nach gewissen allgemeinen, gesetzlich angegebenen Normen nach dem Ermessen des Richters abzuwägen ist [7]). Sie steht nun, von anderen nicht hierher gehörigen, z. B. prozessualischen Gründen ihres Gebrauches abgesehen, in naher Beziehung zu den Grund-

4) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 52. 57. 149. 212. 226. 338. 530.
5) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 58—63.
6) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 31.
7) Allgemeines Landrecht II. 20. §. 32—34. 40—42.

Digitized by Google

sätzen der Zurechnung, indem im allgemeinen das nach diesen festzustellende höchste Maß der verbrecherischen Schuld — die absichtliche Urheberschaft des vollendeten Verbrechens — mit der ordentlichen, ein geringeres Maß derselben, — Fahrlässigkeit, Beihilfe, Versuch — mit der noch in sich weiter abgestuften außerordentlichen Strafe belegt werden soll. Man sieht also, daß der Zweck dieser Unterscheidung nur der war, durch eine allgemeine Norm die Bestrafung der verschiedenen Grade der Zurechnung festzustellen, um dies nicht bei jedem einzelnen Verbrechen wiederholentlich thun zu müssen. Gleichwohl hat man weiterhin, wo es das Bedürfniß zu gebieten schien, sehr häufig die Strafe der Fahrlässigkeit, der verschiedenen Formen des Versuches und der Theilnahme ausdrücklich, also als ordentliche Strafe, festgestellt[8]). Dagegen hat die außerordentliche Strafe, obwohl eine geringere als die ordentliche, nichts gemein mit der Strafmilderung, sondern ist stets selbst eine ordentliche in dem Sinne, daß sie die normale ist, welche, wenn Gründe vorhanden sind, gleichfalls geschärft und gemildert wird. In Betreff der Strafschärfung und Milderung ist endlich noch zu bemerken, daß sie nur in den, vom Gesetz allgemein oder besonders bestimmten, Fällen statt finden können, und daß die Art und Weise derselben fest normirt ist, wobei es bemerkenswerth ist, daß die Milderung nicht stets in einer geringeren als der gesetzlichen Strafe, sondern in anderen Fällen nur in einem geringeren Maße der gesetzlichen, relativ bestimmten Strafe, oder in der Beseitigung einer verwirkten Strafschärfung besteht, wie dies, im Gegensatze zu der gemeinrechtlichen Doctrin, dem Standpunkte des Landrechtes völlig entsprechend war, da nicht die sogenannte ordentliche Strafe, sondern nur das, vom Verbrecher in besonderem Falle verwirkte, Strafmaß die Norm für die Milderung sein kann[9]).

---

8) Z. B. Allgemeines Landrecht II. 20. §. 96—98. 104. 174. 175. 260. 777—781. 838. 970.

9) Darum ist auch §. 61 kein Widerspruch gegen den Grundsatz, daß Strafmilderung und außerordentliche Strafe nichts gemein haben, da hier durch den Gebrauch der Bezeichnung „außerordentliche Strafe" nur das besondere Maß der Milderung ausgedrückt wird.

Digitized by Google

Es ist hier nicht der Ort, die Zurechnungslehre des Landrechtes im einzelnen kritisch zu betrachten, nur das wird zugegeben werden müssen, daß sie, vom Standpunkte der heutigen Wissenschaft aus, vielfachem und gerechtem Tadel ausgesetzt sein wird, und daß, wenn ihr gleichwohl das Verdienst eines bedeutsamen Fortschrittes, der sehr bald auf die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis zurück wirkte und die Basis für die spätere deutsche Gesetzgebung wurde, zuerkannt werden muß, dieses Verdienst nicht ausschließlich den Redaktoren des Landrechtes gebührt. Wie oben bereits gezeigt wurde, hatte gerade auf dem Gebiete der Zurechnungslehre im Laufe des 18ten Jahrhunderts die Wissenschaft Bedeutsames geleistet, und das wahre Verdienst des Landrechtes wird dadurch gewiß nicht geschmälert, daß es diese Leistungen der Doctrin für seine Zwecke benutzte, und dies um so weniger, als gerade die volle Selbständigkeit, mit welcher es das dargebotene Material beherrschte, ausdrücklich anerkannt werden muß. Die Criminalisten, deren Werke hier, wie überall, vorzüglich und in einer Weise benutzt wurden, daß nicht selten für die einzelnen Paragraphen des Landrechtes die Quelle speziell nachgewiesen werden kann, sind Böhmer, Meister, Quistorp, Westphal, Püttmann und Koch. Ganz besonders aber haben, wie eine genauere Vergleichung ergiebt, Kochs Institutiones iuris criminalis als Quelle gedient, was sich vielleicht aus einer besonderen Vorliebe Kleins für dieses Werk erklärt, der dasselbe auch später in seinem eigenen Buche über das gemeine und preußische Strafrecht, das im übrigen die Litteratur fast gar nicht berücksichtigt, ganz überwiegend benutzte. Von Interesse ist darum auch der Umstand, daß, wenn freilich schon seit Engau, der eigentlich die Bahn brach, in den Lehrbüchern des Strafrechtes die Zurechnungslehre immer bestimmter und vollständiger sich entwickelt hatte, doch überall, auch bei Quistorp, noch große Unklarheit über das Verhältniß der Grade und Formen der Zurechnung zu den Schärfungs- und Milderungsgründen der Strafe herrschte [10]), wogegen Koch, wie

10) Sie reicht freilich noch bis in spätere Zeit hinein, und selbst Feuerbach ist nicht frei von ihr.

Digitized by Google

es ſcheint, der Erſte war, der in dieſer Beziehung eine beſtimmte und ſcharfe Sonderung forderte [11]).

Mit der eigenthümlichen Auffaſſung der Zurechnungslehre der Strafſchärfung und Milderung ſteht in weſentlichem Zuſammenhange das Syſtem der Strafen und Strafmittel des Landrechtes. Der grenzenloſe Unfug, welcher bisher in der gemeinrechtlichen Praxis und Doctrin, mit dem Unterſchiede der ordentlichen und außerordentlichen Strafe, und den verſchiedenen Gründen der Strafſchärfung und Milderung getrieben worden war, und der ganz beſonders das Bedürfniß einer neuen Strafgeſetzgebung geweckt hatte, war zuvörderſt veranlaßt worden durch die Strafmittel der Carolina, die, weit überwiegend Leibes- und Lebensſtrafen, ihrer Natur nach eine Verſchiedenheit des Maßes faſt gar nicht zulaſſen, und darum in ihrer Anwendung mehr und mehr ſich als ungenügend und ungerecht darſtellen mußten, je mehr man in der Erkenntniß der feineren Unterſchiede der Zurechnung und der verbrecheriſchen Schuld fortſchritt. Darum wurden die wunderbarſten Schärfungs- und Milderungsgründe hervorgeſucht, und zwar oft genug nicht um ihrer ſelbſt willen, ſondern weil ſie die Abweichung von der ſtarren, abſolut beſtimmten Strafe da rechtfertigen ſollten, wo man ein eigenthümliches, die Schuld mehrendes oder minderndes, Moment auf grabem Wege nicht zur Geltung zu bringen wußte. Als aber jene Strafmittel vor der Geſittung des 18ten Jahrhunderts zum größten Theile gefallen waren, wurde freilich der Zuſtand der Praxis nicht beſſer, indem nunmehr faſt alle Strafen unbeſtimmt erſchienen und dem Ermeſſen des Richters anheim fielen. Was nun auch mit Recht gegen das, jener Zeit eigenthümliche und beſonders auch im Landrechte hervortretende, einſeitige und übertriebene Streben nach möglichſter Beſtimmtheit der Strafbeſtimmungen und Beſchränkung des richterlichen Ermeſſens geſagt werden mag, ſo darf doch auch der Vortheil und das Verdienſt ſolcher Strafbeſtimmungen nicht überſehen werden, denn nicht bloß, daß damit der

11) Instit. iur. crim. lib. I. cap. 9. Auch die ſehr unklare Lehre von der Theilnahme am Verbrechen ſcheint beſonders aus Koch entnommen zu ſein.

Digitized by Google

Schrankenlosigkeit der richterlichen Willkür ein Ziel gesetzt wurde, so ward auch dem nicht geringeren Uebelstande begegnet, daß die Bestrafung der verschiedenen Verbrechen in gar keinem, irgend gerechten und geordneten, Verhältnisse mehr zu einander standen, ein Verhältniß, das freilich immer nur durch eine planmäßige Gesetzgebung, nie durch eine nothwendig planlos schaffende Gerichtsobservanz herzustellen ist. In dem Zwecke einer festen Begrenzung des richterlichen Ermessens kommt aber das Allgemeine Landrecht freilich mit der gesammten Landesgesetzgebung schon seit der Zeit der churſächsischen Constitutionen überein. Seine Eigenthümlichkeit und sein Verdienst liegen dagegen darin, daß es in der Wahl und dem Gebrauche der Strafmittel den Weg einschlug, auf welchem allein man sich dem bisher vergebens erstrebten Ziele nähern konnte. In der gemeinrechtlichen Praxis wie in den bedeutenderen Strafgesetzbüchern des 18ten Jahrhunderts waren allerdings die Leibesstrafen der Carolina fast gänzlich verschwunden, oder kamen nur noch in Verbindung mit den Todesstrafen vor, der Gebrauch der Todesstrafen war bedeutend beschränkt, der der Freiheitsstrafe in verschiedene Formen sehr ausgedehnt; aber immer noch bildete in der Praxis wie in der Gesetzgebung für die schwereren Verbrechen die Todesstrafe, für die leichteren die Stänpung und Geldstrafe der Mittelpunkt, während die Freiheitsstrafe selbständig und als ordentliche Strafe, im Sinne jener Zeit, besonders wenn man von der Landesverweisung absieht, doch nur selten vorkam, am häufigsten dagegen als Surrogat anderer Strafen, theils als Milderung der Todes- oder Schärfung der geringeren Strafen. Dagegen bildet, neben dem allerdings noch ziemlich ausgedehnten Gebrauche der Todesstrafen, im Allgemeinen Landrechte die Freiheitsstrafe entschieden den Mittelpunkt des ganzen Strafensystemes [12]), und erst hierdurch, vermöge der außerordent-

12) In dieser Beziehung ging allerdings Joseph II. Strafgesetzgebung dem Allgemeinen Landrechte voran, indem sie in ihrem Streben, den Forderungen der Humanität zu genügen, die Todesstrafe, die Fälle des Standrechtes ausgenommen, ganz aufhob, dafür aber die grausamsten Kerkerqualen an die Stelle treten ließ. Ein Blick genügt, um zu zeigen, daß sie ohne allen Einfluß auf das Allgemeine Landrecht blieb.

Digitized by Google

lich mannigfachen Abstufung, welche die Freiheitsstrafe rücksichtlich der Dauer, der Art ihrer Ausführung und ihrer Verbindung mit Zwangsarbeit und Ehrenstrafen zuläßt, war es möglich, ein Strafensystem aufzustellen, das den Richter nicht mehr nöthigte, um gerecht zu sein, das Gesetz zu umgehen und zu verletzen, sondern, durch relativ bestimmte Strafen ihm gestattete, auch ohne Hilfe willkürlicher Schärfungs- und Milderungsgründe, die feinsten Unterschiede in der Zurechnung und dem Maße der verbrecherischen Schuld genügend zu berücksichtigen. Daß die Strafen des Landrechtes im allgemeinen, den Forderungen des Zeitalters entsprechend, milder sind als die des gemeinen Rechtes und der früheren Landesgesetzgebung, ist bekannt genug, obwohl es andererseits weit davon entfernt war, diesen Forderungen in dem Maße nachzugeben wie das Josephinische Strafgesetzbuch, und darum auch dem Vorwurfe nicht entgangen ist, durch die Härte der Strafen abschrecken zu wollen. Jedenfalls ist so viel klar, daß es sich bei Bildung seines Strafensystemes überhaupt gar nicht von irgend welchen doctrinären Anschauungen und Voraussetzungen, auch besonders nicht von denen des sonst so einflußreichen Globig, hat bestimmen lassen, sondern daß es sich in dieser Beziehung lediglich und aufs Engste der bisherigen preußischen Praxis, die, wie gezeigt, eine festere Gestalt als in irgend einem deutschen Lande angenommen hatte, anschloß [13]). Ja es schließt sich sogar in dem Maße an die bestehende Praxis an, daß es nicht einmal irgend welche Bestimmungen über die zulässigen Strafmittel und die Art ihrer Ausführung enthält, sondern, sie, obwohl es auch an älteren Landesgesetzen hierüber fast gänzlich fehlt, als positivrechtlich durchaus feststehend betrachtet. Dies hatte freilich auch den Nachtheil, daß die rechtliche Bedeutung besonders der Ehrenstrafen und der Freiheitsstrafen, so wie das rechtliche Verhältniß der verschiedenen Formen der Freiheitsstrafen

13) Es ist in dieser Beziehung interessant, die große Zahl der vor dem Landrechte liegenden strafrechtlichen Urtheils in Kleins Annalen mit den Bestimmungen des Landrechtes zu vergleichen, die, obwohl nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, der Josephinischen Hals Gerichts-Ordnung und des revidirten Preuß. Landrechtes, doch fast durchgängig Strafen verhängen, die dem Landrechte völlig entsprechen.

Digitized by Google

zu einander ein sehr unklares und schwankendes war, ein Nachtheil, der erst allmälig durch eine ganze Reihe späterer Gesetze einigermaßen ausgeglichen wurde, wie es ja auch nach dem Früheren jedenfalls die Absicht war, die Art der Vollziehung der verschiedenen, aus der Praxis recipirten, Strafen in der genannten, „dem Richter zu ertheilenden Instruktion" noch näher zu normiren [14]).

Am meisten eigenthümlich, selbständig und vom gemeinen Rechte wie der Doctrin fast ganz unabhängig, so daß nur die ältere Landesgesetzgebung einiges Material lieferte, zeigt sich das Landrecht in den, die Staatsverbrechen behandelnden, Abschnitten. Daß bei gänzlich veränderten staatlichen Zuständen in Betreff der Staatsverbrechen die Bestimmungen der Carolina und der römischen Rechtsquellen nicht mehr maßgebend sein konnten, lag auf der Hand. Aber auch die gemeinrechtliche Praxis und Doctrin hätten hier etwas, den Anforderungen des 18ten Jahrhunderts eingermaßen Entsprechendes, nur leisten können, wenn sie nicht auf dem Boden des verwesenden Reichsstaates und einer lebensunfähigen Kleinstaaterei, sondern auf dem eines größeren, lebendig sich entwickelnden, Staatslebens erwachsen wären. So aber bot in dieser Beziehung das gemeine Strafrecht eigentlich nur eine große Lücke dar, die in den Compendien um der Vollständigkeit willen durch einige dürftige, unpraktische, mühsam aus den gemeinrechtlichen Quellen zusammengesuchte Bestimmungen ausgefüllt wurde, oder welche, wo mehr geleistet werden sollte, wie dies z. B. bei Leyser der Fall ist, zu der maßlosesten und abenteuerlichsten Willkür Anlaß gab. Im Gegensatze zu diesem Zustande des gemeinen Rechtes zeigt die Gesetzgebung des Landrechtes über die Staatsverbrechen nicht bloß das Bild eines mächtigen, lebensfrischen Staates überhaupt, sondern auch das einer

14) Wenn §. 93 dem Hochverräther die härteste und schreckhafteste Leibes- und Lebensstrafe droht, ohne sie zu nennen, so konnte dies nur geschehen, indem man es als anderweitig rechtlich feststehend betrachtete, was dies für eine Strafe sei. Daß man die im Entwurf genannte Strafe des Viertheilens meinte, ist doch wohl wahrscheinlich, während man im Gesetz selbst die Strafe nicht namhaft machte, um sich nähere Feststellungen hierüber gleichfalls für jene Instruktion vorzubehalten.

Digitized by Google

Staatsgewalt, welche eben so sehr von dem lebendigen Bewußtsein ihrer rechtlichen und sittlichen Pflicht gegen das Volk durchdrungen ist, als sie andererseits jede Lebensäußerung des Volkes sich und ihren Zwecken unbedingt unterordnet und jede Regung individueller Selbständigkeit, als eine Gefahr für ihre absolute Machtvollkommenheit, mit Aengstlichkeit bewacht.

Die äußerst schwankende gemeinrechtliche Lehre vom Hochverrath gewann hier eine festere Gestalt, besonders durch die, dem Landrechte eigenthümliche, Unterscheidung des Hochverrathes und Landesverrathes [15]). Die freie Meinungsäußerung in politischen Angelegenheiten wurde durch eine sehr unbestimmte und vieldeutige Anordnung möglichst beschränkt, während es andererseits Jedem freigestellt wurde, sich mit seinen Ansichten und Vorschlägen in Betreff öffentlicher Angelegenheiten an das Oberhaupt des Staates und die Behörden zu wenden, denen die aufmerksame Prüfung solcher Anzeigen zur Pflicht gemacht wurde. Wenn Selbsthilfe, Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, Aufruhr mit harten Strafen bedroht werden, und durch umfangreiche polizeiliche Bestimmungen der Begehung solcher Verbrechen vorgebeugt werden soll, so wird doch zugleich auch jeder obrigkeitlichen Person die Pflicht auferlegt, innerhalb ihres Amtskreises jeder gegründeten Beschwerde der Unterthanen schleunige Untersuchung und Abhilfe zu Theil werden zu lassen. Ganz besonders aber giebt sich das Streben, das Volk gegen jede Beeinträchtigung von Seiten der obrigkeitlichen Personen zu schützen, und in der Justiz wie in der Verwaltung die strengste Ordnung und rücksichtslose Gerechtigkeit walten zu lassen, in den weitläufigen Anordnungen über die Dienstvergehen der Beamten zu erkennen. Charakteristisch für die politischen Anschauungen der Zeit ist es auch, daß das Verbrechen der Majestätsbeleidigung nicht bloß vom Hochverrathe unterschieden, sondern auch nur als eine besondere Art der Verletzung der Ehrfurcht gegen den Staat betrachtet wird. Dem gemäß wird auch, im Anschluß an eine, in der Doctrin hin

15) Diese Unterscheidung scheint Globig und Huster Abhandlung von der Crim.-Gesetzgebung S. 168 entnommen zu sein.

und wieder vorkommende, Ansicht [16]), nur die Beleidigung des Staatsoberhauptes als solchen, als eigentliche Majestätsbeleidigung aufgefaßt und von ihr die Beleidigung des Landesherrn als Privatperson unterschieden und mit bedeutend geringerer Strafe bedroht [17]).

Am weitesten weicht das Landrecht von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes in der Behandlung der gegen die Religion gerichteten Verbrechen ab. Wenn die gemeinrechtlichen Quellen im wesentlichen die christliche Lehre selbst und die Pflicht des Individuums, ihr mit unwandelbarer Treue anzuhangen, als das Objekt dieser Verbrechen ansehen, und darum die irreligidse, diese Pflicht im einzelnen verletzende oder sie völlig verleugnende, Handlung als solche, und zwar entsprechend dieser heiligsten Pflicht, mit den schwersten Strafen belegen, so war freilich das 18te Jahrhundert von solcher Auffassung außerordentlich weit entfernt. Aber so gewiß die Religiosität keine Rechtspflicht und darum die Irreligiosität selbst in ihrem höchsten Maße kein Verbrechen ist, so lag doch jener Zeit auch die Anschauung fern, die Religion als ein nothwendiges sittliches Gut des Volkes zu betrachten, das, wie alle materiellen und ideellen Güter, des rechtlichen Schutzes zwar nicht gegen den Unglauben und Abfall, wohl aber gegen willkürliche Angriffe bedarf. Nur insofern glaubte man der Religion einen strafrechtlichen Schutz gewähren zu müssen, als sie ein Mittel für die Zwecke des Staates ist, als sie „den bürgerlichen Gehorsam und die Moralität erhält" und „Beleidigungen derselben dem Staate zum Nachtheile gereichen". Dem entsprach es, die gegen die Religion gerichteten Vergehen, insoweit sie überhaupt noch als solche betrachtet und bestraft wurden, einer geringen Bestrafung durch das Polizeigericht zu überweisen, dem „über-

16) Leyser de maledictis in Principem p. 569. Koch Inst. iur. crim. §. 564.

17) Die Fassung der §§. 196—200 ist allerdings ziemlich unklar; daß sie aber in solcher Weise zu interpretiren sind, wird durch eine Vergleichung mit den entsprechenden §§ 141—145 des Entwurfs und die hiermit übereinstimmende Auffassung Kleins Peinl. Recht §. 511—513 ganz unzweifelhaft. Ganz irrig ist die Auslegung des Justiz-Minister.-Rescripts vom 19. Nov. 1832 in Kamptz Jahrbüchern Bd. 40. S. 501.

Digitized by Google

haupt obliegt, für die Stützen des Staates zu wachen“ [18]). Darum waren nicht nur die gemeinrechtliche Praxis und Doctrin von den harten Strafen des gemeinen Rechtes weit abgewichen [19]), sondern insbesondere waren auch in der preußischen Praxis sogar die Strafen der Josephinischen Hals-Gerichts-Ordnung und des revidirten preußischen Landrechtes von 1721, als zu hart, außer Gebrauch gekommen. Dieser Anschauung sich anschließend, stellt das Landrecht die hierher gehörigen Verbrechen unter der Ueberschrift „Beleidigung der Religionsgesellschaften“ mitten zwischen die Staatsverbrechen. Zu ihnen werden gerechnet: Injurie gegen eine in den Staat aufgenommene Religionsgesellschaft, Störung des öffentlichen Gottesdienstes und Gotteslästerung. Bei den folgenden Verbrechen: Mißbrauch der Religion zu Gaukeleien [20]), Sectenstiftung und Verbitterung der Religionsparteien [21]) gegen einander, ist dagegen der überwiegende Gesichtspunkt nur der der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Bei allen diesen Vergehen aber ist an die Stelle der härtesten Todesstrafen nur eine, nach Monaten bemessene, Freiheitsstrafe getreten.

Den die Privatverbrechen behandelnden Abschnitten geht eine Reihe einleitender Bestimmungen voraus, unter denen die über die Nothwehr bemerkenswerth sind. Im Anschluß an die ungenügende Auffassung der rechtlichen Bedeutung der Nothwehr [22]), wie sich dieselbe in den älteren einheimischen Rechtsquellen und auch noch in der Carolina vorfindet, und wonach sie überwiegend als ein Fall strafloser Tödtung angesehen wird, hatte die gemeinrechtliche Doctrin noch bis zum Schlusse des 18ten Jahrhunderts die Nothwehr stets in Verbindung mit dem Verbrechen der Tödtung behandelt. Ueberdies aber hatte der Umstand, daß

---

18) Vgl. Globig und Huster a. a. O. S. 252 flg.

19) Hommel observ. 246. Püttmann Elementa iur. crim. §. 107. Meister sect. II. p. IV. c. 1.

20) Hierin schließt sich das Allgemeine Landrecht dem Preuß. Landrechte von 1721 tit. 4. art. 4—5 an.

21) Die Bestimmungen über diese beiden Verbrechen sind Globig und Huster a. a. O. S. 254 entnommen.

22) Die entgegenstehende Ansicht, Zöpfls Archiv des Criminalrechts Jahrgang 1842 und 43, zu widerlegen ist hier nicht der Ort. Vgl. Köstlin System des deutschen Strafrechts S. 77 flg.

Digitized by Google

man immer nur die Tödtung, nicht aber eine geringere Verletzung des Angreifenden, wie Körperbeschädigung oder Freiheitsbeschränkung, als Erfolg der Nothwehr vor Augen hatte [23]), in der Doctrin von jeher, und zwar schon bei den italienischen Criminalisten, das Streben hervorgerufen, die Ausübung eines so gefährlichen Rechtes möglichst, und in einer, seinem Wesen nicht entsprechenden Weise zu beschränken. Das Landrecht war es daher, das zuerst in Deutschland der, bald nachher von Feuerbach durchgeführten, richtigen Ansicht die Bahn brach, indem es die Nothwehr ganz allgemein als das beim Mangel obrigkeitlicher Hilfe Jedem, gegen drohenden rechtswidrigen Angriff, zustehende Recht der Selbstvertheidigung auffaßt, und darum auch nicht bloß die Tödtung, sondern jede, im besonderen Falle angemessene und für die Vertheidigung erforderliche, Verletzung des Angreifenden als eine straflose Ausübung jenes Rechtes betrachtet. Aber freilich macht sich auch hier der Gewaltübung des Einzelnen gegenüber die, eifersüchtig ihre Machtvollkommenheit bewachende, Staatsgewalt in einer ungerechtfertigten Beschränkung geltend, indem die Nothwehr nicht statt finden soll, wenn die obrigkeitliche Hilfe die Rechtsverletzung zwar nicht abwenden, aber den vorigen Zustand wieder herstellen kann.

In der Auffassung der einzelnen Privatverbrechen schließt sich im wesentlichen das Allgemeine Landrecht ganz an die gemeinrechtliche Lehre seiner Zeit an, nur daß auch hier, dem Charakter der ganzen Strafgesetzgebung entsprechend, diese im einzelnen weiter auszuführen, zu vervollständigen, herrschenden Controversen gegenüber festzustellen und schärfer zu bestimmen, in manchen Beziehungen auch fortzubilden versucht wird. In den Strafbestimmungen jedoch ist auch hier die bisherige preußische Praxis die überwiegende Quelle.

In solcher Weise wird namentlich die ganze gemeinrechtliche Lehre von den Injurien mit allen ihren eigenthümlichen Unterscheidungen, ja sogar mit den, rein der Doctrin angehörenden, traditionellen Gründen der Vermuthung für und gegen den ani-

23) Koch l. c. §. 447. Quistorp Peinl. Recht I. §. 237.

mus iniuriandi, im Landrechte wieder aufgenommen [24]), wogegen die Strafbestimmungen insofern eigenthümlich sind, als die äſtimatorische Klage des gemeinen Rechtes wegfällt, statt dessen der verunglückte Versuch gemacht wird, die, in der gemeinrechtlichen Praxis hergebrachte, Klage auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung weiter auszubilden, und daneben noch verhältnißmäßig hohe öffentliche Strafen angeordnet werden.

Den strafrechtlichen Bestimmungen über die körperlichen Verletzungen geht eine Reihe von mehr als hundert Paragraphen voran, welche zum Zwecke der Vorbeugung polizeiliche Bestimmungen enthalten, die nicht selten weit über die Grenze einer möglichen Rechtspflicht hinausreichen und selbst ans Lächerliche streifen. Der Zustand der gemeinrechtlichen Lehre von den Körperverletzungen im engeren Sinne, der in so hohem Grade ungenügend war, weil dem richterlichen Ermessen in Betreff der Größe der Schuld und Strafe, die hier so sehr verschieden sich gestalten können, gar kein fester Anhalt gewährt wurde, hat auch im Landrecht eine wesentliche und irgend genügende Verbesserung nicht gefunden, da die Unterscheidungen der geringen und schweren Verletzung, des erheblichen und nicht erheblichen Nachtheils für die Gesundheit, durchaus unbestimmt und schwankend sind.

Bei dem Verbrechen der Tödtung wird zunächst, nebst den Strafen, der Unterschied der Carolina zwischen Mord und Todtschlag aufgenommen, denn die Unklarheit in den Bestimmungen über den Todtschlag hat ihren Grund nicht in der Absicht das Verbrechen des Todtschlages irgend wie anders und eigenthümlich zu fassen, sondern nur in dem Streben, durch die gewählte Fassung der betreffenden Paragraphen der damals herrschenden Controverse, über den Unterschied und die rechtliche Bedeutung des dolus directus und indirectus, zu begegnen. Als ein Verdienst muß es aber anerkannt werden, daß der Unterschied von Mord und Todtschlag, im Sinne der Carolina, zuerst wieder durch das Landrecht in Deutschland zur Anerkennung gebracht wurde. Obwohl

---

24) Auch hier scheint ganz besonders wieder Koch l. c. §. 370. die Quelle gewesen zu sein.

Digitized by Google

nämlich die gemeinrechtliche Praxis und Doctrin von jeher den Unterschied selbst zwar festgehalten hatten, so war ihm doch eine ganz andere Bedeutung untergeschoben worden, und noch bis zur Zeit des Landrechtes wurde ganz allgemein, nach dem Vorgange Carpzows, der Mord im Sinne der Carolina, mit dem Todtschlage zusammengefaßt, wogegen als Mord nur der in gewinnsüchtiger Absicht begangene Mord angesehen wurde [25]). Vergebens hatte hiergegen schon Leyser [26]) angekämpft, denn auch nach ihm war jene Ansicht in die Gesetzgebung, z. B. in das bayerische wie in die östreichischen Strafgesetzbücher, übergegangen, und namentlich hatte auch die preußische Praxis an ihr festgehalten [27]). Das Landrecht verdankt die richtige Auffassung von Mord und Todtschlag wahrscheinlich wiederum Koch [28]), welcher in jener Zeit der einzige Criminalist war, der sie vertheidigte. In den weiteren Bestimmungen über verabredeten und im Tumult begangenen Mord, befohlenen, Banditen-, Raub-, Gift-, Verwandten- und Aeltermord schließt sich das Landrecht im wesentlichen ganz an die gemeinrechtliche Lehre, und oft nur allzutreu, an [29]), wogegen die umfangreichen Bestimmungen über den Kindermord der oben erwähnten älteren Landesgesetzgebung entnommen sind.

In der Behandlung der sogenannten Fleischesverbrechen, d. h. der Hurerei und Kuppelei, der Blutschande, Nothzucht, des Ehebruchs, der Bigamie und unnatürlichen Unzucht, macht sich im Landrecht, wie nicht anders zu erwarten ist, die Richtung der Zeit geltend, welcher die religiöse Basis, auf der die hierher ge-

25) Vgl. Quistorp a. a. O. §. 221.

26) Medit. ad Pandect. sp. 605.

27) Das ergeben die Strafurtheile in Kleins Annalen, vgl. Bd. II. S. 119. III. S. 137. VII. S. 209. Darum wird auch IX. S. 97 der Unterschied des Landrechtes zwischen Mord und Todtschlag als neu, und vom bisherigen Rechte abweichend, bezeichnet.

28) A. a. O. §. 456.

29) So haben die gemeinrechtlichen Grundsätze über den von Mehreren in Folge Complottes oder zufälliger Theilnahme verübten Mord im Landrechte eine Verbesserung nicht erfahren. Die Schrift von Beseke, de homicidio ex vitae taedio ad appetendam mortem comisso non mortis poena, sed perpetuis carceribus puniendo. Halae 1772 fand im Landrechte in der wunderlichen Bestimmung der §§. 831 u. 832 ihre Anerkennung, nachdem diese Ansicht schon vorher in die preußische Praxis eingedrungen war, vgl. Kleins Annalen II. S. 72. 195. IX. S. 15.

Digitized by Google

hörigen Strafbestimmungen des gemeinen Rechtes beruhen, abhanden gekommen war. Die gemeinrechtliche Praxis hatte sich in hohem Grade verschiedenartig gestaltet, und die Doctrin berief sich durchweg auf eine sehr bedeutende, durch die Praxis bewirkte, Ermäßigung der gemeinrechtlichen Strafen, besonders darauf sich stützend, daß diese Strafen aus der, mindestens für das protestantische Deutschland nicht verbindlichen, Lehre der katholischen Kirche vom Sacrament der Ehe erwachsen seien [30]), während doch gerade die protestantische Kirche in Betreff dieser Verbrechen an der strengen biblischen Lehre (II. Mos. 22. III. Mos. 20. V. Mos. 22) festgehalten hatte, und in zwei protestantischen Ländern, in Churſachsen und Hessen-Darmstadt, noch in der zweiten Hälfte des 18ten Jahrhunderts die strengen gemeinrechtlichen Strafen, z. B. bei dem Ehebruch die Todesstrafe, von der Praxis anerkannt und gehandhabt wurden [31]). Die Criminalpolitik wußte, ihrem eigenthümlichen Standpunkte entsprechend, mit Ausnahme der Nothzucht, bei welcher die Gewaltthätigkeit an der Person als das Verbrecherische erschien, allen diesen Handlungen eigentlich keine Seite abzugewinnen, vermöge deren sie criminell strafbar erscheinen konnten, so daß man sich höchstens dazu verstehen konnte, sie, als die bürgerliche Ordnung gefährdende Handlungen, mit einer Polizeistrafe zu belegen [32]). Während daher noch Friedrich Wilhelm I. im revidirten preußischen Landrecht nicht nur die gemeinrechtlichen Strafen der Fleischesverbrechen, mit Berufung auf die Bibel, bestätigt, sondern sogar manche der von der Doctrin ersonnenen Milderungsgründe für unzulässig erklärt, weicht das Landrecht von ihnen außerordentlich weit ab, obgleich seine Strafbestimmungen, den Forderungen des Zeitalters gegenüber, immer noch zu hart erscheinen mochten.

Als in allen wesentlichen Punkten ungenügend und verunglückt muß der, die Entwendungen behandelnde, Abschnitt des Land-

30) Westphal Criminalrecht S. 235.
31) Koch l. c. §. 311.
32) Beitrag zur peinlichen Gesetzgebung. 1785. S. 60. Cella Ueber Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen S. 27 flg. Globig und Huster Dritte Zugabe zur Preisschrift.

Digitized by Google

rechtes bezeichnet werden. Schon in der Definition des Diebstahls hatte man sich durch die Doctrin verleiten lassen, von der deutsch-rechtlichen Auffassung abzuweichen. Die meisten Criminalisten jener Zeit bezeichneten es nämlich als eine, auf Unkenntniß beruhende, „verjährte Vorstellung", wenn die Carolina, abweichend von dem richtigen Grundsatze des römischen Rechtes, den Diebstahl auf das furtum rei beschränke [33]), und dem gemäß dehnt auch das Landrecht den Diebstahl wieder auf das furtum usus und possessionis aus, ein Grundsatz, der in der preußischen Praxis sich nie hat befestigen können. Abgesehen von den Strafen, schließt sich im übrigen das Landrecht an die, den Grad der Schuld und Strafe näher bestimmenden, Unterscheidungen des gemeinen Rechtes an. So kehrt auch hier der Unterschied des kleinen und großen Diebstahls wieder, der, an sich so wenig geeignet einen genügenden Maßstab für die Größe der Schuld abzugeben, um so weniger zu billigen ist, wenn er die Grenze zweier, zu weit auseinander liegender Strafen, hier einer geringfügigen Polizei- oder einer Zuchthausstrafe, bilden soll. Hätten doch die Kunstgriffe, welche Praxis und Doctrin von jeher anwandten, um diesem Unterschiede der Carolina möglichst auszuweichen, über das Ungenügende desselben belehren können. Ferner werden eben so die Unterschiede des gemeinen, des gewaltsamen und wiederholten Diebstahls recipirt, wozu noch, den Kirchendiebstahl mit umfassend, der Diebstahl mit erschwerenden Umständen hinzukommt. Wenn schon die gesetzliche Bestimmung dieser Unterschiede in sehr vielen Punkten eine höchst ungenügende und unklare war, so entstand dadurch, daß alle möglichen Combinationen derselben wieder selbständig hervorgehoben und mit besonderer Strafe bedroht werden, ein so complicirtes und casuistisch gestaltetes System, daß einerseits die Strafbestimmungen durchaus zufällig und willkürlich erscheinen mußten, weil es unmöglich ist, das richtige Maß der Schuld und Strafe bei einer so unabsehbaren Reihe, ins Einzelne gehender, Unterscheidungen im voraus gerecht

33) Böhmer Elementa iurispr. crim. II. c. 13. Meister Principia iur. crim. Sec. II. p. II. c. 13. Westphal Criminalrecht S. 139.

Digitized by Google

abwägen zu wollen, und daß andererseits, gerade vermöge dieses casuistischen Verfahrens, eine Menge von möglichen Gestaltungen des Diebstahls, z. B. wiederholter Diebstahl, bei welchem die einzelnen Fälle verschiedenen Arten des Diebstahls angehören, ganz unberücksichtigt blieben und dem richterlichen Ermessen die größten Schwierigkeiten bereiteten. Die bereits von Friedrich d. G. wesentlich ermäßigten Strafen des Diebstahls wurden noch weiter und, im Verhältniß zur früheren Zeit und zu den Strafen anderer deutscher Länder, so sehr ermäßigt, daß, wie die Praxis bald lehrte [34]), Preußen vom Auslande her mit Dieben überschwemmt wurde.

Der Raub, dessen Begriffsbestimmung bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts noch durchaus schwankend war, indem er entweder, nach der Ansicht Carpzows, auf den Straßenraub beschränkt [35]), oder als ein, mit Gefährdung der öffentlichen Sicherheit begangener, Diebstahl bezeichnet wurde [36]), wird im Landrechte, nach dem Vorgange von Böhmer, Meister, Koch, als der durch Gewalt an Menschen begangene Diebstahl bezeichnet. Auch hier findet wiederum eine möglichst ins Einzelne gehende Bestimmung der Strafen statt, indem nicht bloß vom einfachen Raube der Staßenraub, wiederholte Raub, und Raub in Banden unterschieden, sondern auch die Strafe wiederum in Rücksicht auf die angewandte Gewalt und deren Erfolg verschieden normirt wird. Ueberdies werden hier besondere Bestimmungen über Versuch und Theilnahme und deren Bestrafung hinzugefügt, die weder mit den allgemeinen Bestimmungen, noch mit den besonderen, bei anderen Verbrechen, z. B. dem Morde, aufgestellten, im Einzelnen übereinstimmen, und die Unklarheit dieser Grundsätze noch vermehren.

In dem Abschnitte von Beschädigungen des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug wird eine große Zahl von

34) (Arnim) Bruchstücke über Verbrechen und Strafen S. 24 flg.

35) So z. B. noch in der Theresiana art. 96, während der Cod. iur. crim. bavar. c. 2 den Raub „auf öffentlicher Straß oder anderwärts" begangen, gleichmäßig bestraft.

36) Z. B. Engau Elementa iur. crim. lib. I. tit. 9.

Digitized by Google

Strafbestimmungen zusammengefaßt, welche theils dem gemeinen Rechte entnommen sind, und darunter auch solche, die, auf falschen Ansichten und Voraussetzungen beruhend, trotz des Versuches sie fester zu bestimmen, keine praktische Bedeutung erlangen konnten, theils neu und eigenthümlich aus den Bedürfnissen der modernen Verkehrsverhältnisse erwachsen, theils auch aus dem Streben nach möglichster Vollständigkeit und einer überall hinreichenden Allmacht der strafenden Staatsgewalt hervorgegangen waren.

In dem Abschnitte von Beschädigungen mit gemeiner Gefahr werden, ohne wesentliche Abweichung von der gemeinrechtlichen Lehre, die Verbrechen der Brandstiftung und vorsätzlich verursachten Ueberschwemmung abgehandelt. Daneben wird aber auch das, unter veränderten Verhältnissen bedeutungslos gewordene, Verbrechen des Landzwanges aus dem gemeinen Rechte aufgenommen, und das eigenthümliche Verbrechen der Landesbeschädigung hinzugefügt, das, in seiner allgemeinen Definition durchaus unklar und inhaltsleer, in seinen einzelnen Bestimmungen, die gemeingefährliche Vergiftung und Verbreitung von Viehseuchen ausgenommen, auf gänzlich unpraktischen Abstraktionen beruht.

Erscheint in solcher Weise die Strafgesetzgebung des Landrechtes als ein treues, und oft nur zu treues, Abbild der Doctrin und Praxis ihrer Zeit, als ein Gesetzeswerk, das ein durch und durch deutsches war, obwohl der Einfluß der älteren preußischen Gesetzgebung und Praxis und des ganzen eigenthümlichen Charakters des preußischen Staates am Ende des 18ten Jahrhunderts sehr kenntlich hervor trat, obwohl das Allgemeine Landrecht das Gesetzbuch des, zur selbständigen europäischen Macht herangewachsenen, preußischen Staates, nicht das eines deutschen Territoriums sein wollte, so kann gewiß diesem Umstande, diesem Mangel völliger Selbständigkeit und Unabhängigkeit von den geschichtlichen Grundlagen, am wenigsten ein Grund des Tadels entnommen werden. Durch den engen Anschluß an die gegebenen geschichtlichen Voraussetzungen und die Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung des 18ten Jahrhunderts zeichnet sich vielmehr das Landrecht aus einerseits vor dem bayerischen Cod. iur. crim. und der östreichischen Theresiana, die, fast unberührt von den

Digitized by Google

Fortschritten der Doctrin, im wesentlichen dem Standpunkte der Strafgesetzgebung des 17ten Jahrhunderts angehören, andererseits vor dem Strafgesetzbuch Josephs II., das ein, dem geschichtlichen Boden entrücktes, unreifes, inhaltarmes, aus den abstrakten Humanitätsbestrebungen und criminalpolitischen Theorieen der Zeit erwachsenes Werk war. Darum müssen, trotz der vielfachen und bedeutsamen Mängel und Fehler, welche mit Recht der Strafgesetzgebung des Landrechtes vorgeworfen werden, dennoch das Verdienst und die hohe Bedeutung derselben nicht verkannt werden.

Wie wenig alle Fortschritte der Wissenschaft es vermochten, den kläglichen Zustand der gemeinrechtlichen Praxis irgend wie zu verbessern, ist bereits oben gezeigt worden. Die Schuld daran lag freilich eben so wenig an den Männern der Wissenschaft, wie an denen der Praxis, sondern daran, daß es sich um Mängel handelte, die, unter Voraussetzung unserer modernen, socialen Zustände, überhaupt niemals durch die Wissenschaft und Observanz der Gerichte, oder ein unmittelbar aus dem Volke erwachsendes Gewohnheitsrecht, sondern immer nur durch ein planmäßiges Eingreifen der gesetzgebenden Gewalt sich werden beseitigen lassen. Wenn daher freilich die preußische Strafgesetzgebung ganz überwiegend aus der gemeinrechtlichen Doctrin schöpfte, so erfuhren deren Ergebnisse doch hier zugleich, von Seiten der Gesetzgebung, in allen wesentlichen Punkten die Ergänzung, deren sie bedurften, um die strafrechtlichen Zustände wirklich umzugestalten. Für Preußen wurde daher durch das Strafrecht des Allgemeinen Landrechtes, wie bald auch seine Mängel in der Praxis hervortraten, ein Zustand begründet, der weit, und noch viel weiter, als es bisher bereits der Fall gewesen war, den aller übrigen deutschen Länder überragte. Aber gerade vermöge seines eigenthümlichen Charakters hatte dieses Gesetzeswerk nicht bloß für Preußen, sondern auch für das übrige Deutschland eine wichtige Bedeutung. Es konnte für die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis, und darum auch für die spätere Gesetzgebung, nicht ohne großen Einfluß sein, daß Alles, was seit der Zeit der Carolina die strafrechtliche Landesgesetzgebung, Wissenschaft und Praxis erarbeitet hatten, hier zum ersten Male in der Form eines

Digitized by Google

vollständigen Gesetzbuches zusammengefaßt wurde; daß alle Schwankungen und herrschenden Controversen beseitigt und so oder so entschieden waren; daß die im einzelnen errungenen Fortschritte, die im gemeinen Rechte vereinzelt und zusammenhangslos neben einander und neben so vielem Veralteten und Widersprechenden standen, hier die Glieder eines einheitlichen geordneten Systemes bildeten; daß an Stelle aller der einzelnen Zugeständnisse, welche die moderne Gesittung im Kampfe mit den widerstrebenden Normen des positiven Rechtes mühevoll mit List oder Gewalt errungen hatte, hier der volle Sieg getreten war. Ein solches Spiegelbild, in welchem Alles, was das gemeine deutsche Strafrecht im wesentlichen bisher erreicht oder erstrebt hatte, in der Form des Gesetzes fixirt erschien, mußte nothwendig auf dieses einen, es selbst fördernden, Reflex zurückwerfen.

Von besonderem Interesse ist in dieser Beziehung das, 1799 erschienene, Werk Kleins: „Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts nebst Bemerkung der preußischen Gesetze". Es ist bemerkenswerth, daß einer der bedeutendsten deutschen Criminalisten jener Zeit, ein preußischer Universitätslehrer, und ein Mann, welcher an der Strafgesetzgebung des Allgemeinen Landrechtes selbst thätigen Antheil genommen hatte, nicht daran dachte, dem preußischen Strafrechte eine selbständige wissenschaftliche Darstellung zu widmen, sondern dieses so sehr als aus dem gemeinen Rechte erwachsen und ihm innerlich angehörend betrachtete, daß er nur in Anmerkungen die Eigenthümlichkeiten des preußischen Strafrechtes mit den Grundsätzen des gemeinen Rechtes verglich. Andererseits aber steht er auch nicht an, fast durchgängig die Grundsätze des preußischen Strafrechtes, wo dieses, den vielen Schwankungen und Controversen des gemeinen Rechtes gegenüber, eine Entscheidung getroffen hat, in seine Darstellung oft wörtlich aufzunehmen und ihnen gemeinrechtliche Geltung beizulegen. Eine, hier nicht auszuführende, Vergleichung im Einzelnen ergiebt, wie in solcher Weise in sehr vielen der wichtigsten Lehren des sogenannten allgemeinen wie speciellen Theiles sofort das preußische Strafrecht auf die gemeinrechtliche Doctrin zurückwirkte. Wenn diese Erscheinung in dem Kleinschen,

Digitized by Google

in dem von Klein bearbeiteten Quistorpschen Werke, so wie in den Lehrbüchern von Köllen und Salchow sich allerdings daraus erklären läßt, daß, vermöge der besonderen Berücksichtigung, die sie dem preußischen Strafrechte widmeten, dieses die Ansicht der Verfasser in streitigen Fragen unwillkürlich bestimmte, so kann doch nicht geleugnet werden, daß selbst Feuerbach vielfach und in wichtigen Punkten von diesem Einflusse nicht frei geblieben ist, und durch seine weit reichende Autorität Lehren des preußischen Strafrechtes eine Stelle in der gemeinrechtlichen Doctrin sicherte. Mochte die Uebereinstimmung Feuerbachs mit dem preußischen Strafrechte theils in einzelnen Punkten, theils in der allgemeinen Auffassung mancher Lehren, z. B. der gegen die Religion gerichteten und der sogenannten Fleischesverbrechen, vielfach darin ihren Grund haben, daß Feuerbach unter denselben Einflüssen der Zeit stand, unter denen das Allgemeine Landrecht entstanden war, so ist diese Uebereinstimmung in den Punkten um so bemerkenswerther, in denen sich das Landrecht, wie z. B in der Auffassung der Nothwehr, des Mordes, des Raubes, ganz gegen die damals herrschende Ansicht entschieden hatte. Es versteht sich von selbst, daß Feuerbach, und die späteren, ihm hierin folgenden Criminalisten, sich nicht bloß durch die Autorität des Landrechtes, sondern zugleich durch die eigene wissenschaftliche Ueberzeugung in ihren Ansichten haben bestimmen lassen; aber es wird dadurch das Verdienst des Landrechtes, in so vielen Beziehungen die richtige Einsicht gefördert zu haben, und damit zugleich als die erste, der Neuzeit angehörende, deutsche Strafgesetzgebung eine bahnbrechende Vorarbeit und Grundlage der gesammten neueren deutschen Strafgesetzgebung zu sein, nicht geschmälert.

Digitized by Google

Sechstes Kapitel.

Das preußiſche Strafrecht ſeit der Zeit des Allgemeinen Landrechtes.

§. 25.

Das preußiſche Strafrecht am Ende des 18ten und Anfange des 19ten Jahrhunderts.

Die Strafgeſetzgebung des Allgemeinen Landrechtes hatte kaum Zeit gehabt, ihren Einfluß auf die Praxis und die Zuſtände des Volkslebens zu bethätigen, als bereits ihre Mängel ſich in hohem Grade fühlbar machten, und die Geſetzgebung zu erneuter Thätigkeit veranlaßten. Dieſe, bereits geſchilderten, Mängel waren zum Theil ſolche, welche, wie namentlich die ſehr ungenügende Redaktion, auch von dem einmal gewählten Standpunkte aus ſehr wohl hätten vermieden werden können, zum größeren Theile aber ſolche, welche ſich als das nothwendige Ergebniß dieſes Standpunktes darſtellen. Dieſe Mängel können darum durchaus nicht allein den Redaktoren des Landrechtes und ſeiner Strafgeſetzgebung zur Laſt gelegt werden, denn, wenn ſie freilich mit vollkommener Freiheit den Standpunkt wählten, von dem aus ſie an ihr Werk gingen, ſo iſt es doch gerade als ihr Verdienſt anzuerkennen, daß ſie die richtige Wahl inſofern getroffen hatten, als ſie bemüht waren, ein, in jeder Beziehung aus ihrer Zeit erwachſenes und dieſer innerlich angehörendes, Werk zu erſchaffen. Wenn das Landrecht dieſen eigenthümlichen Charakter des Zeitalters überall wieder erkennen läßt, ſo lag es doch in der Natur der Sache, daß dies bei der Strafgeſetzgebung in viel höherem Maße der Fall war, als in der privatrechtlichen, und daß darum die, am Ende des vorigen und im Anfange dieſes Jahrhunderts mit Sturmeseile über die Völker und Staaten Europas dahin ſchreitende, Zeit, ganz beſonders die Strafgeſetzgebung erſchütterte. Mit Uebergehung des Unwichtigeren, und

Digitized by Google

namentlich der großen Zahl von Ministerial-Rescripten, durch welche nur den, aus der ungenügenden Redaktion sich ergebenden, Unklarheiten und Mängeln begegnet werden sollte, möge nur auf die bedeutenderen, in den letzten Jahren des 18ten Jahrhunderts erschienenen, Novellen zur Strafgesetzgebung des Landrechtes aufmerksam gemacht werden.

Schon wenige Wochen nachdem das Landrecht Gesetzeskraft erlangt hatte, erschien am 29. Juli 1794 ein königliches Patent wegen Abstellung des tumultuarischen Verfahrens bei Beschwerdeführungen [1]). Es war veranlaßt durch den 1793 in Breslau von den Handwerkerzünften verursachten Tumult, so wie durch die in mehreren Dörfern von den Bauern gegen die Gutsherren erregten Unruhen, und ordnete nicht bloß für solche Fälle das Verfahren der Behörden, sondern gab auch den Gerichten das Recht, gegen solche Aufrührer, außer den gesetzlichen Strafen auch „außerordentliche und ungewöhnliche, von welchen man, nach den Zeitumständen, den wirksamsten Eindruck erwarten kann", namentlich das Spießruthenlaufen, zu verhängen [2]). Vorbehalten blieb überdies, die Schuldigen nach erlittener Strafe, „um sie an Ordnung und Gehorsam zu gewöhnen", im geeigneten Falle als Soldaten, Pack- oder Trainknechte einzustellen. Eine noch umfangreichere Ergänzung erfuhren die Vorschriften des Landrechtes und der Allgemeinen Gerichts-Ordnung über Verfahren und Bestrafung in Fällen des Aufruhrs durch den ersten Abschnitt der Circular-Verordnung vom 30. December 1798 [3]). Auch hier veranlaßte die alleinige Berücksichtigung des praktischen Zweckes eine sehr bedenkliche Ausdehnung der richterlichen Willkür, indem nicht bloß, ohne irgend welchen Anhalt für das richterliche Ermessen, ohne irgend ein bestimmtes Maß, die Verhängung „harter Festungs- oder Zuchthausstrafen", und selbst Lebensstrafen, angeordnet, sondern auch wiederum „nach Befinden auf außerordentliche Strafen, von welchen sich der wirksamste Eindruck erwar-

1) Nov. C. C. IX. p. 2381.
2) Diese Strafe ist wirklich mehrmals an ganzen Dorfgemeinden vollzogen worden. Gallus Geschichte der Mark Brandenburg St. 2. S. 280.
3) Nov. C. C. X. p. 1851.

Digitized by Google

„ten läßt," zu erkennen gestattet wurde [4]). Zu diesen Anordnungen stand in naher Beziehung das Edikt vom 20. October 1798 wegen Verhütung und Bestrafung geheimer Verbindungen [5]).

Von Interesse sind die Rescripte vom 1. December 1794, betreffend die Bestrafung der Unzucht zwischen Schwiegerältern und Schwiegerkindern [6]), vom 23. Mai 1796, betreffend die Bestrafung der Selbstbefreiung eines Gefangenen [7]), und vom 7. October 1801 über die Bestrafung der Verletzung eines promissorischen Eides [8]) insofern, als in denselben das Justiz-Ministerium und die Gesetz-Commission die angeregten Zweifel, nach Maßgabe des gemeinen Rechtes und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die gemeinrechtliche Doctrin, entscheiden.

Der vierte Abschnitt der angeführten Circular-Verordnung vom 30. December 1798 enthielt bedeutsame Ergänzungen und Modifikationen der umfangreichen, verwickelten und unklaren Bestimmungen des Landrechtes über die Injurien, obwohl auch hierdurch dieser Theil der Strafgesetzgebung so wenig eine irgend genügende Gestalt gewann, daß er vielmehr fortdauernd der declarirenden und ihrerseits wieder declarirten Rescripte bedurfte.

Von tief eingreifender Bedeutung war aber die Circular-Verordnung vom 26. Februar 1799 wegen Bestrafung der Diebstähle und ähnlicher Verbrechen [9]), deren ausgesprochene Absicht es war, die Strafen solcher Verbrecher zweckmäßiger zu gestalten, um, in Rücksicht auf die zunehmende Zahl von Diebstählen, theils durch die Strenge der Strafen von der Begehung abzuschrecken, theils durch die Ausführung der Strafen die Verbrecher zu bessern oder die Gesellschaft gegen sie sicher zu stellen. Da durch dieses Gesetz der betreffende, von Entwendungen handelnde, Abschnitt des Landrechtes keineswegs in allen seinen Bestimmungen aufgeho-

4) Eine abermalige Ergänzung erfuhren die betreffenden Paragraphen des Landrechtes und das vorstehende Gesetz durch die Verordnung vom 17. August 1835. Vgl. Gesetz-Sammlung 1835. S. 170.

5) Nov. C. C. X. p. 1775.

6) Eisenberg und Stengels Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung u. s. w. Bd. 15. S. 212.

7) Nov. C. C. X. p. 403.

8) Stengels Beiträge Bd. 14. S. 279.

9) Nov. C. C. X. p. 2249.

Digitized by Google

ben, ſondern nur ergänzt und modificirt werden ſollte, ohne daß doch das Geſetz ſelbſt ſein Verhältniß zu den landrechtlichen Beſtimmungen genügend normirte, ſo war es ein erſter, nicht geringer, Nachtheil, daß hiermit dieſe, für die ſtrafrechtliche Praxis höchſt wichtige, Lehre ſich in hohem Grade unklar geſtaltete, und daß darum auch hier die vielfachen Schwankungen der Praxis eine ganze Reihe ſpäterer declarirender Reſcripte hervorrief. In einer ſehr bedenklichen Weiſe wich aber ferner dieſe Circular-Verordnung von dem ganzen Charakter der landrechtlichen Strafgeſetzgebung dadurch ab, daß ſie ihre Strafbeſtimmungen in höchſter Einſeitigkeit, nur in Rückſicht auf den Zweck der Sicherung der bürgerlichen Geſellſchaft durch die Strenge der Strafen und die erſtrebte Beſſerung der Verbrecher, normirte und damit das gerechte Maß der Strafe gänlich verlor. Die ausgedehnte Anwendung der körperlichen Züchtigung war nicht bloß ein ſehr wenig geeignetes Mittel für die gewünſchte Beſſerung der Verbrecher, ſondern erwies ſich auch ſofort als ein ungerechtes Strafmittel, indem die unvermeidliche Berückſichtigung von Alter, Geſchlecht, Körperbeſchaffenheit und ſonſtiger individueller Verhältniſſe des Verbrechers, eine gleichmäßige, feſte Beſtimmung des Strafmaßes unmöglich machte, und darum ſowohl dieſes, als die Anwendung dieſer Strafe überhaupt oder deren Verwandelung in eine Freiheitsſtrafe dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen werden mußte. Die Freiheitsſtrafen ſollten in Strafarbeit, einſamen Gefängniß oder Einſperrung in eine Beſſerungsanſtalt beſtehen, während über die Einrichtung, beſonders dieſer letzteren Anſtalten, und die rechtliche Bedeutung dieſer Strafe hier geſetzlich eben ſo wenig wie im Landrechte in Betreff aller übrigen Freiheitsſtrafen, irgend etwas feſtgeſtellt war. Wenn die Gerechtigkeit in hohem Grade dadurch gefährdet erſchien, daß in den meiſten Fällen die Wahl unter den verſchiedenen Freiheitsſtrafen und das Maß derſelben dem Ermeſſen des Gerichtes anheim gegeben wurde, ſo war ſie überdies offen verletzt, indem die Einſperrung in eine Beſſerungsanſtalt mehrfach als eine maßloſe Freiheitsſtrafe behandelt wurde, deren Dauer allein durch die wirklich erfolgte Beſſerung und den Nachweis des Beſtraften,

Digitized by Google

daß er im Stande sei, sich auf ehrliche Art zu ernähren, bestimmt werden sollte. Und selbst unter solcher Voraussetzung soll die Freilassung des Bestraften nicht immer durch den hierzu verpflichteten Richter, sondern in manchen Fällen nur auf Grund eines Gnadenaktes, der also möglicherweise auch verweigert werden konnte, erfolgen [10]). Es wurde also, indem die Begnadigung von gesetzlichen Bedingungen abhängig gemacht wurde, indem sogar durch richterliches Erkenntniß ein Verbrecher für bestimmte Zeit der Gnade unwürdig erklärt werden konnte, zugleich das Begnadigungsrecht des Königs in ungebührlicher, seiner Natur widersprechender, Weise verletzt.

Die vorstehende, kurz charakterisirte Circular-Verordnung, schließt eine, wenn auch kurze, doch eigenthümliche Periode in der Entwickelung des preußischen Strafrechtes ab. Es ist die Periode, in welcher man auf der Grundlage des Landrechtes durch bedeutendere, umfangreichere Novellen das Strafrecht fortzubilden versucht, während man schon im Beginne des 19ten Jahrhunderts, an der Möglichkeit einer gedeihlichen Fortbildung verzweifelnd, den Entschluß einer völligen Umgestaltung der Strafgesetzgebung faßt. Wenn daher auch im 19ten Jahrhundert und bis zum Erscheinen des neuen Strafgesetzbuches die Gesetzgebung keineswegs still stand, sondern eine fast übergroße Anzahl von Gesetzen und Ministerial-Rescripten strafrechtlichen Inhalts erschien, so unterscheidet sich diese spätere Gesetzgebung von der früheren wesentlich dadurch, daß sie augenscheinlich überall nur die Absicht hat, in einzelnen Punkten und für das augenblickliche Bedürfniß nothdürftig nachzuhelfen, oder durch Declarationen für die richtige und gleichmäßige Handhabung der bestehenden Strafgesetzgebung zu sorgen, während alle wesentlicheren und tiefer eingreifenden Reformen dem beabsichtigten neuen Strafgesetzbuche vorbehalten bleiben.

10) Die Praxis der Gerichte war besser als das Gesetz, indem man nicht auf Einsperrung bis zur Begnadigung, sondern auf ein, dem Verbrechen entsprechendes Maß der Freiheitsstrafe erkannte, und die Freilassung, nach Abbüßung dieser Strafe, der Gnade des Königs überließ. Vgl. Cabinets-Ordre vom 25. Sept. 1802 in Sammlung der Verordn. S. 128. Das Rescript vom 7. Mai 1814 in Kamptz Jahrb. Bd. 3. S. 298 erkennt dieses Verfahren, offenbar im Widerspruch zum Gesetze, als das richtige an.

Digitized by Google

Das Ende des 18ten Jahrhunderts ist ferner die Periode, in welcher die preußische Gesetzgebung wie die Praxis noch völlig von dem Bewußtsein durchdrungen sind, daß das preußische Strafrecht, trotz seiner formellen Scheidung vom gemeinen deutschen, doch auf diesem beruht und aus ihm erwachsen ist. Justiz-Ministerium und Gesetz-Commission standen daher, wie oben gezeigt wurde, nicht an, wo das Landrecht eine Lücke zu lassen schien, auf das gemeine Recht zurückzugehen, was um so bemerkenswerther ist, als in den genannten Fällen diesem nicht sowohl der Inhalt einer neuen gesetzlichen Anordnung, als vielmehr die Entscheidungsgründe für specielle Fälle entnommen werden. Dem 19ten Jahrhundert sind solche Erscheinungen fremd, und überall bewegt sich die preußische Strafgesetzgebung nur auf ihrem eigenen Grund und Boden. In gleicher Weise lebten in den ersten Jahren nach dem Erscheinen des Landrechtes, die Richter noch ganz in der Erinnerung der gemeinrechtlichen Praxis. Darum sind die Strafurtheile nicht bloß erfüllt mit Citaten aus der Carolina und den gangbaren Lehrbüchern des gemeinen Strafrechtes, sondern es werden sogar meist die einzelnen Fälle, zunächst vergleichungsweise nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes und dann erst nach denen des Landrechtes, beurtheilt und entschieden. Mit dem Beginne des 19ten Jahrhunderts erlischt diese Erinnerung an das gemeine Recht auch in der Praxis mehr und mehr, und bald bewegt sie sich ausschließlich in den Formen der preußischen Strafgesetzgebung [11]).

In der Strafgesetzgebung aus dem Ende des 18ten Jahrhunderts giebt sich endlich, wie schon angedeutet wurde, eine eigenthümliche, von der des Landrechtes mehr und mehr abweichende, Tendenz kund, die ihren bestimmtesten Ausdruck in der Circular-Verordnung vom 26. Februar 1799 fand, eine Tendenz, die, an sich von Interesse, einer näheren Betrachtung um so mehr bedarf, als sie es zugleich hauptsächlich erklärt, warum man schon nach so wenig Jahren den Plan einer völligen Umgestaltung der Strafgesetzgebung entwarf.

11) In beiden Beziehungen giebt die große Zahl von Strafurtheilen, welche in Kleins Annalen Bd. 13—22 mitgetheilt werden, die genügendsten Belege.

Digitized by Google

Im wesentlichen durchaus dem Zeitalter Friedrichs d. G. angehörend, hatte die Strafgesetzgebung des Landrechtes bereits während ihrer Entstehung im Einzelnen den Einfluß der veränderten Zeitverhältnisse erfahren müssen. Es war dies namentlich der Fall in Betreff der sogenannten politischen Verbrechen, bei deren strafrechtlicher Behandlung die durch die französische Revolution geweckten Besorgnisse augenscheinlich von großem Einflusse waren. Es fanden darum in Betreff dieser Verbrechen schon in das Landrecht selbst Grundsätze Eingang, welche dem allgemeinen Charakter seiner Strafgesetzgebung und der Behandlungsweise der übrigen Verbrechen nicht entsprachen. Dasselbe gilt offenbar von den erwähnten, dem Landrechte unmittelbar folgenden Novellen. War die Strafgesetzgebung des Landrechtes überwiegend das Ergebniß der ihr voran gegangenen reformatorischen Bewegung auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft und Criminalpolitik, so war das Streben der Gesetzgebung jetzt nur zu sehr darauf gerichtet, sich von dem augenblicklichen, wirklichen oder vermeintlichen Bedürfnisse bestimmen zu lassen, und die Grundsätze des Landrechtes in dieser durchaus praktischen Rücksicht da zu ergänzen und umzugestalten, wo sie zu sehr nach dem Maße doctrinärer Forderungen und idealer Auffassung gestaltet erschienen.

Hatte ferner das Landrecht es als eine seiner wichtigsten Aufgaben betrachtet, das richterliche Ermessen in möglichst enge Grenzen einzuschließen; hatte dieses Streben die nur zu große Zahl feiner, nicht scharf gegen einander abgegränzter und darum unklarer, Distinctionen veranlaßt, so begegnen wir jetzt plötzlich einer ganz entgegengesetzten Tendenz. Nicht bloß, daß dem richterlichen Ermessen ein übergroßer Spielraum in der Feststellung des Strafmaßes gewährt wird, so empfängt das Gericht sogar die Befugniß, beliebige, im Gesetz selbst nicht bezeichnete, Strafmittel zu gebrauchen, wofern sie im gegebenen Falle nur praktisch und zweckmäßig erscheinen.

Wenn endlich, wie schon oben erwähnt wurde, das Landrecht allerdings mehrfach die Strafe als Mittel für einen bestimmten Zweck, namentlich die Abschreckung, betrachtet und ausdrücklich

Digitized by Google

bezeichnet, so kann doch durchaus nicht behauptet werden, daß es sich je bei seinen Strafsatzungen allein von einer solchen Zweckbestimmung hätte leiten lassen. Mag man die Strafen des Landrechtes theils als zu hart, theils als zu gelinde tadeln, so wird man doch das Streben, überall ein gerechtes Verhältniß der Strafe und der verbrecherischen Schuld herzustellen, in vollem Maße anerkennen müssen. Im Widerspruche hierzu giebt sich in der, dem Landrechte folgenden, Strafgesetzgebung und ganz vorzüglich, wie schon erwähnt, in der Circular-Verordnung vom 26. Februar 1799, die Tendenz kund, sich so ausschließlich von einer einseitigen Zweckbestimmung der Strafe leiten zu lassen, daß auf ein festes Verhältniß des Strafmaßes und der Schuld fast völlig verzichtet und weit überwiegend die Erreichung des erstrebten Zweckes der Strafe zur Norm für das Maß derselben gemacht wird. Wie ausschließend praktisch diese ganze Tendenz der preußischen Strafgesetzgebung jener Zeit, nach der Meinung des Gesetzgebers, gewiß sein sollte, so hatte sie ihren Ursprung dennoch in der Theorie und den damaligen Bestrebungen der Wissenschaft. Zwei Elemente sind es vorzüglich, welche, nahe mit einander verwandt, in dieser Beziehung zusammen wirkten und einer näheren Betrachtung bedürfen.

Wenn die, besonders durch die Criminalpolitik des 18ten Jahrhunderts in der öffentlichen Meinung und der Gesetzgebung verursachte, Bewegung fast in allen europäischen Staaten gleichmäßig wenigstens den einen Erfolg hatte, daß die Lebens- und Leibesstrafen mehr und mehr durch die Freiheitsstrafen verdrängt wurden, so konnte es nicht fehlen, daß nunmehr auch die Art der Ausführung dieser Strafen und die Beschaffenheit der Gefangenanstalten die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zogen. Die Einrichtung der nordamerikanischen Gefängnisse und die Werke Howards [12]) waren es besonders, welche in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts auch in Deutsch-

12) The state of the Prisons in England and Wales. By John Howard. 1777. Appendix to the state etc. 1784. Howards Praktisches System, auf die Gefängnisse in Philadelphia angewandt u. s. w. Aus dem Englischen. 1797.

Digitized by Google

land das Interesse für diese Angelegenheit weckten [13]). In Deutschland selbst erwarb sich vorzüglich der hallische Zuchthausprediger Wagnitz ein großes Verdienst dadurch, daß er den Entsetzen erregenden Zustand der deutschen Zuchthäuser aufdeckte, und verständige und zweckmäßige Vorschläge zu ihrer Umgestaltung machte [14]). Hatte aber das Landrecht die Freiheitsstrafe in ihren verschiedenen Formen entschieden zum Mittelpunkte seines Strafensystemes gemacht, so mußte auch in Preußen die Aufmerksamkeit der höchsten Behörden sich dem Zustande der Gefängnisse und der Frage nach dem eigentlichen Zwecke der Freiheitsstrafe und einer, diesem entsprechenden, Einrichtung der Gefangenanstalten um so mehr zuwenden, als auch hier nicht bloß die Mängel und Gebrechen dieser Anstalten keine geringeren waren als im übrigen Deutschland, sondern auch die Strafgesetzgebung des Landrechtes in dieser Beziehung lückenhaft erschien.

Das Landrecht unterscheidet, wenn von der Strafe der Verbannung abgesehen wird, drei Arten der Freiheitsstrafe: Gefängniß-, Festungs- und Zuchthausstrafe, und geht hierbei augenscheinlich von der Voraussetzung einer, nicht bloß nominellen Verschiedenheit dieser Strafen aus, obwohl es doch das Verhältniß derselben durchaus nicht gesetzlich fest stellt. Die Art, wie diese Strafen bei den verschiedenen Verbrechen vom Landrechte benutzt werden, giebt zu erkennen, daß im allgemeinen die Gefängnißstrafe als die gelindeste derselben betrachtet wird, während sie doch in einzelnen Fällen der Festungsstrafe gleich gestellt und dem Richter die Wahl unter ihnen gelassen wird. Daß nach der Meinung des Landrechtes auch zwischen Festungs- und Zuchthausstrafe ein Unterschied obwalten soll, ergiebt sich daraus, daß es vielfach bei einzelnen Verbrechen ausschließlich die eine oder die andere dieser Strafen verhängt. Andererseits aber werden

13) Vgl. Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft Thl. 1. St. 2. S. 107. St. 3. S. 349. Archiv des Criminalrechts Bd. I. St. 2. S. 114. Bd. II. St. 1. S. 24. St. 4. S. 146. Gmelin Grundsätze der Gesetzgebung.

14) Wagnitz Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland. Nebst einem Anhange über die zweckmäßigste Einrichtung der Gefängnisse und Irrenanstalten. 1791. Wagnitz Ideen und Pläne zur Verbesserung der Polizei- und Criminalanstalten. 1801.

Digitized by Google

gerade dieſe beiden Strafen ſehr häufig, anſcheinend als gleichbedeutend, neben einander geſtellt, und ihr Verhältniß wird auch dadurch nicht genügend klar, daß die Feſtungsſtrafe wieder in zwei verſchiedene Formen: als Feſtungsarreſt oder als Feſtungsarbeit, vorkommt; denn, wenn auch in einzelnen Fällen ausdrücklich Feſtungsarbeit gedroht wird, ſo darf augenſcheinlich daraus nicht geſchloſſen werden, daß, wo von Feſtungsſtrafe ſchlechthin die Rede iſt, dieſe niemals in Feſtungsarbeit beſtehen ſolle, und ſicher iſt dies nicht die Meinung des Geſetzgebers in denjenigen Fällen geweſen, wo dem Richter die Wahl zwiſchen Feſtungsſtrafe und Zuchthausſtrafe gelaſſen wird. Fehlt es alſo an ausdrücklichen Beſtimmungen über die rechtliche Bedeutung dieſer Strafen, ſo könnte man einen näheren Aufſchluß aus den Beſtimmungen über andere Strafübel zu gewinnen hoffen, inſofern überhaupt ein Unterſchied in den Freiheitsſtrafen nur dadurch veranlaßt werden kann, daß entweder nur die Freiheit in der Wahl des Aufenthaltes durch Einſperren beſchränkt, oder die Freiheitsentziehung mit anderen Strafübeln, beſonders Zwangsarbeit und Ehrenſtrafen, verbunden wird. Die Zwangsarbeit, als ein eigenthümliches Strafübel, kommt im Landrecht nur in wenigen Fällen vor, und die Art ihrer Ausführung blieb gänzlich ungewiß. In ſpäterer Zeit wurden zwar zur Verbüßung derſelben hin und wieder Correctionshäuſer eingerichtet, aber in manchen Landestheilen hat eine Unterſcheidung der Strafarbeit und der Zuchthausſtrafe überhaupt niemals ſtatt gefunden. Was die Ehrenſtrafen betrifft, ſo verhängt das Landrecht nur in wenigen Fällen Verluſt aller bürgerlichen Ehre oder Ehrloserklärung, läßt aber die rechtlichen Folgen ſolcher Ehrenſtrafen völlig zweifelhaft, und namentlich gedenkt es nirgends eines Verluſtes oder einer Schmälerung als rechtlicher Folge einer beſtimmten Freiheitsſtrafe.

Betrachten wir die Art und Weiſe, wie nach dem Herkommen am Ende des 18ten und im Anfange des 19ten Jahrhunderts in Preußen die Freiheitsſtrafen vollſtreckt wurden, ſo empfangen wir zwar genügenden Aufſchluß über den Urſprung der landrechtlichen Beſtimmungen in Betreff der Freiheitsſtrafen,

Digitized by Google

zugleich aber ergiebt sich hieraus, daß die damals herrschenden Zustände noch viel schlimmer waren, als die lückenhafte Gesetzgebung des Landrechtes vermuthen läßt, und daß in der That jedes feste rechtliche Verhältniß der verschiedenen Freiheitsstrafen auch in der praktischen Ausführung völlig mangelte [15]). Die Anstalten, in denen, nach dem Herkommen, die Freiheitsstrafen verbüßt wurden, waren theils die kleineren Gefängnisse, Stockhäuser, oder wie sie so sonst genannt werden mochten, die sich überall in den Städten, und in den Dörfern bei den Patrimonialgerichten vorfanden, theils größere Anstalten, welche als Zucht- oder Arbeitshäuser bezeichnet wurden und von denen in den verschiedenen Provinzen nur eine geringere Zahl vorhanden war, theils endlich die Festungen. In Betreff der Festungsstrafe hatte sich, lediglich nach dem Herkommen, der vom Landrechte ohne nähere rechtliche Bestimmung recipirte Unterschied des Festungsarrestes und der Festungsarbeit oder Baugefangenschaft gebildet. Der Festungsarrest galt in der öffentlichen Meinung nicht als entehrend und gestattete dem Sträfling eine, seinem Stande und seiner Gewohnheit angemessene, Beschäftigung und Lebensweise; die Festungsarbeit dagegen wurde als entehrend angesehen und war mit schwerer, körperlicher Zwangsarbeit verbunden, obwohl in der Praxis auch dieser Unterschied nicht völlig fest war, da es auch Festungsgefangene gab, die, ohne zur Zwangsarbeit angehalten zu werden, die Begünstigungen anderer Arrestanten nicht genossen. Beide Arten der Festungsstrafe bildeten aber eigentlich insofern nur eine Art der Freiheitsstrafe, indem in der Regel, und insofern nicht ausdrücklich Festungsarrest oder -Arbeit angeordnet war, nicht die Größe der verbrecherischen Schuld, sondern die bisherige soziale Lebensstellung des Sträflings die Norm dafür war, ob die eine oder die andere dieser Strafen statt finden sollte. Der Grund dafür war augenscheinlich der, daß man

15) Ein sehr umfangreiches Material, in Betreff der Zustände des preußischen Gefängnißwesens am Ende des vorigen und im Beginne unseres Jahrhunderts, geben die angeführten Werke von Wagnitz und (von Arnim) Bruchstücke über Verbrechen und Strafe, Thl. II. Das Nachfolgende ist diesen Werken entnommen.

Digitized by Google

in der abstrakten Gleichheit der Strafe, die auf die bisherige Lebensstellung des Schuldigen keine Rücksicht nimmt, eine concrete Ungleichheit und Ungerechtigkeit erblickte, die in solcher Weise ausgeglichen werden sollte. Ueberdies wurde die Festungsstrafe im allgemeinen auch als gleichbedeutend mit der Zuchthausstrafe betrachtet, was sich darin kund giebt, daß die zur Festungsstrafe verurtheilten Weiber ihre Strafe meist im Zuchthause abbüßten, weil die Festungen in der Regel zur Baugefangenschaft nur Männer annahmen. Ein festes Prinzip in der Art, wie das Landrecht diese hergebrachten Strafarten benutzte, ist schwer zu entdecken, obwohl doch jedenfalls im allgemeinen der, freilich nicht in allen Fällen genügend erkennbare, leitende Gesichtspunkt der war, die Größe der Schuld und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zur Norm der gesetzlichen Strafbestimmungen und des richterlichen Ermessens zu machen. Aber, welches auch die Absicht des Gesetzes bei der Unterscheidung dieser Strafarten sein mochte, so wurden doch durch deren Ausführung alle festen Unterschiede völlig verwischt und andere zufällige und willkürliche an deren Stelle gesetzt.

Mit Ausnahme der Festungen besaß der Staat nur sehr wenige Gefangenanstalten, indem die meisten Zuchthäuser Provinzial-, Communal- oder auch reine Privatanstalten waren, die, vielfach durch Stiftungen, Vermächtnisse, freiwillige Beiträge gegründet und unterhalten, als Wohlthätigkeitsanstalten betrachtet wurden, weshalb auch die meisten preußischen Zuchthäuser zugleich Armen-, Waisen- oder Irrenhäuser waren, in denen mitunter die Verbrecher als Lehrer und Erzieher der Waisen, als Pfleger der Armen und Kranken benutzt wurden. Uebten zwar die Staatsbehörden auch auf diese Anstalten einen Einfluß aus, so war es doch nicht irgend eine bestimmte Behörde, der dies Aufsichtsrecht gebührte, sondern, wie es der Zufall gefügt hatte, bald diese, bald jene Civil- oder Militärbehörde. Daraus erklärt sich zur Genüge die völlige Verschiedenheit in der Einrichtung der Zuchthäuser und der Behandlung ihrer Bewohner. Wurde einerseits, freilich nur in Betreff sehr weniger Zuchthäuser, die Klage laut, daß die günstige Behandlung der Sträflinge diese

Digitized by Google

verleite, nach der Entlassung neue Verbrechen zu begehen, um in die Gefangenschaft zurückkehren zu können, so boten andererseits die meisten Zuchthäuser das Bild eines so grausenhaften Elendes aller Art dar, daß man versucht wäre, solche Zustände im Beginne des 19ten Jahrhunderts für unmöglich, und ihre Beschreibung für übertrieben zu erachten, wenn sie nicht vom preußischen Staatsminister und Vorsteher des Criminal-Departements herrührte. Das Gleiche galt von den Festungen und der Behandlung der dort aufbewahrten Sträflinge, und dennoch wurde der entsetzliche Zustand dieser Strafanstalten nicht selten noch überboten durch den der Gefängnisse, die großentheils der Aufsicht und Einwirkung der Staatsbehörden sich ganz entzogen. Die Gefängnisse, selbst von Städten wie Brandenburg, Danzig, Elbing, in denen neben den zu geringeren Freiheitsstrafen Verurtheilten auch Polizei-, und selbst Untersuchungsgefangene untergebracht wurden, sind es, deren Schreckniſse alles Andere überbieten. Abgesehen von der ganz regellosen leiblichen und geistigen Pflege der Gefangenen, bestand eben so wenig irgend eine feste Regel für ihre Beschäftigung. In manchen Gefängnissen, die oft des Arbeitsverdienstes zu ihrem Bestehen bedurften, wurden Straf- und Untersuchungsgefangene zu harter Zwangsarbeit angehalten, während die zur Festungsarbeit Verurtheilten nicht selten ohne alle Beschäftigung waren, oder, wie in Stettin, angewiesen wurden zu betteln, um sich die Kleidung zu beschaffen, die ihnen vom Staate nicht geliefert wurde. In einigen Zuchthäusern fand regelmäßige Zwangsarbeit statt, in anderen zeitweise, in noch anderen, wie in denen von Stettin, Colberg und Stargard, gab es gar keine Anstalten zur Beschäftigung der Gefangenen. Was den Einfluß der verschiedenen Freiheitsstrafen auf die Ehre betrifft, so ist schon erwähnt, daß das Landrecht einen solchen nicht kennt, während die öffentliche Meinung die Festungsarbeit und die Zuchthausstrafe als entehrend ansah. Die Praxis der preußischen Gerichte steuerte zwischen diesem Gegensatze des Gesetzes und der Volksanschauung mitten hindurch. Sie erkannte im allgemeinen diese Freiheitsstrafen gleichfalls als entehrend an, aber, ohne daß irgend eine feste Regel in dieser Beziehung zu

Digitized by Google

entdecken ist, ließ sie auf dem einen Sträflinge die Entehrung haften, während sie in anderen, und zwar in den meisten, Fällen noch immer nach dem früheren Herkommen und nach dem oben angeführten Rescripte Friedrichs d. G. vom 10. Juli 1756, dessen rechtsverbindliche Kraft, da es sich auf die Grundsätze des gemeinen Strafrechtes bezog, höchst zweifelhaft erscheint, zu Zuchthaus- und Festungsstrafe, selbst auf lebenslang, und wegen Verbrechen, die, wie Vergiftung, in der Volksmeinung sicher entehrend erschienen, „salva fama" verurtheilte [16]). Schließlich aber würde jeder etwa bestehende Unterschied der Gefangenanstalten ganz gleichgiltig gewesen sein, denn, da die Zuchthäuser in ganz zufälliger Weise in den einzelnen Landestheilen entstanden und nicht verpflichtet waren, einen Sträfling aufzunehmen, der nicht dem Gerichtssprengel angehörte, für welchen die Anstalt bestimmt war, so wurden alle Sträflinge, ohne alle Rücksicht auf das richterliche Urtheil, immer nur da untergebracht, wo der Raum es zufällig gestattete.

Wenn man sich vergegenwärtigt, welche Bedeutung die Freiheitsstrafe durch die Strafgesetzgebung des Landrechtes erlangt hatte, wie sie nicht bloß für die bei weitem größte Zahl der Verbrechen die gesetzliche Strafe war, sondern auch da, wo das Gesetz Todesstrafe drohte, in der Form der außerordentlichen Strafe, häufiger als diese zur Anwendung kam, so läßt es sich leicht denken, daß der angedeutete Zustand der Gefängnisse bald als ein völlig unleidlicher erscheinen mußte. Die angeführte Circular-Verordnung vom 26. Februar 1799 ist augenscheinlich der erste Versuch, diesen Uebelständen entgegen zu treten, indem ihre Tendenz vorzüglich die ist, die Freiheitsstrafe nicht bloß als ein Mittel gerechter Vergeltung für das begangene Verbrechen, sondern als Mittel der Besserung für den Verbrecher zu benutzen, damit er, nicht mehr, wie bisher, durch das leibliche und sittliche Verderben, dem er in den Gefängnissen preis gegeben war, für

16) Die in den Bänden 13 bis 21 der Kleinschen Annalen mitgetheilten Strafurtheile geben dafür die Beweise.

Digitized by Google

immer dem Verbrechen überliefert, sondern sittlich gebessert und zu geeigneter Erwerbsthätigkeit befähigt, der bürgerlichen Gesellschaft zurück gegeben werde. Freilich war mit der gesetzlichen Anordnung von Besserungsanstalten noch sehr wenig geleistet, und das Gesetz selbst blieb vorläufig praktisch unausführbar, da es in Preußen an solchen Anstalten fehlte und es selbst zweifelhaft blieb, ob der Gesetzgeber unter Besserungsanstalten neu zu errichtende Anstalten oder nur die in solche umzubildenden Zuchthäuser verstand. Ein viel bedeutsameres Zeichen für die Erwägungen, von denen man sich im Anfange dieses Jahrhunderts in Preußen in Betreff der Strafgesetzgebung leiten ließ, ist das schon angeführte, 1803 erschienene, Werk des Justiz-Ministers und Vorstehers des Criminal-Departements, von Arnim, das zwar zunächst nur von der damals auffälligen Vermehrung der Verbrechen gegen die Sicherheit des Eigenthums und der zweckmäßigeren Einrichtung der Gefangenanstalten handelt, aber doch eine allgemeinere Bedeutung hat. Einerseits gab die Erörterung dieser besonderen Fragen Veranlassung, die wesentlichen Mängel der preußischen Strafgesetzgebung überhaupt zu charakterisiren, andererseits war die Frage nach der richtigen und zweckmäßigen Einrichtung der Gefängnisse nicht bloß darum außerordentlich wichtig, weil erst deren Lösung der neuen Strafgesetzgebung eine entsprechende praktische Wirksamkeit sichern konnte, sondern auch darum, weil der Versuch ihrer Beantwortung sofort auf die allgemeinere Frage nach Bedeutung und Zweck der Strafe überhaupt zurückführte, eine Frage, welche auch Arnim obenan stellt und in eigenthümlicher Weise beantwortet. In diesem Punkte aber knüpfte die preußische Strafgesetzgebung wieder an die gleichzeitige Entwickelung der gemeinrechtlichen Doctrin an, auf welche deshalb kurz hingewiesen werden muß.

Wie bereits oben erwähnt wurde, hatten auch schon im Laufe des 18ten Jahrhunderts die Strafrechtswissenschaft und Criminalpolitik die rechtsphilosophische Frage nach dem begrifflichen Wesen, der rechtlichen Bedeutung und dem Zwecke der Strafe keineswegs umgangen. Für ihre Beantwortung war aber sehr wenig geleistet worden, und jedenfalls war es eine Frage, die

Digitized by Google

damals kein besonderes Interesse zu erwecken vermochte, da die große Bewegung, welche in jener Zeit auf diesem Gebiete der Wissenschaft herrschte, nicht von einer eigenthümlichen rechtsphilosophischen Doctrin, sondern vielmehr von den unklaren Gefühlen und Vorstellungen, in denen sich die Aufklärungs- und Humanitätsbestrebungen der Zeit bewegten, und die gerade der Schärfe des Begriffes überall auswichen, angeregt und getragen wurde. Erst nachdem die deutsche Wissenschaft die strenge Schule der Kantischen Philosophie durchgemacht und sich an ein scharfes, folgerichtiges Denken gewöhnt hatte, erwachte ein lebendiges Interesse für die philosophische Begründung der Strafrechtswissenschaft, und begann der Kampf der verschiedenen, sogenannten Strafrechtstheorieen, auf welche zwar die Kantische Philosophie überhaupt und die Rechtsphilosophie insbesondere, weniger aber Kants eigenthümliche Strafrechtstheorie von Einfluß war. Man würde sich aber irren, wenn man meinte, daß es lediglich das wissenschaftliche Interesse gewesen sei, das sehr bald alle bedeutenderen Kräfte der Erörterung dieser speculativen Prinzipienfrage zuführte, da sich vielmehr an diese ganz unmittelbar sehr wichtige praktische Fragen anknüpften. Der Richter suchte auf diesem Wege feste Anhaltspunkte für Qualität und Quantität der zuzuerkennenden Strafe zu gewinnen, die ihm in den Ländern des gemeinen Rechtes weder vom Gesetz, noch von der schwankenden Praxis dargeboten wurden, und deren er auch in Preußen für sein Ermessen bei den vielen, fast durchgängig relativ bestimmten, Freiheitsstrafen nicht entbehren konnte. Die Gesetzgebung aber forderte feste Normen für die Aufstellung eines neuen, dem Standpunkte und den Bedürfnissen der Zeit entsprechenden, Strafensystemes, denn diese wichtige, der Gesetzgebung gestellte, Aufgabe war weder durch das doctrinäre Verfahren Josephs II., noch auch durch das praktische des preußischen Landrechtes gelöst. Hatte sich dieses in seinem Strafensysteme der älteren preußischen Praxis, die allerdings fester, einheitlicher und humaner als die anderer Länder war, angeschlossen, so hat sich bereits ergeben, wie schnell man auch hier das Bedürfniß einer planmäßigeren Gestaltung empfand und durch dasselbe auf die specula-

Digitized by Google

tive Frage nach Grund und Zweck der Strafe überhaupt hingelenkt wurde.

Zwei verschiedene Strafrechtstheorieen, die von Stübel, Almendingen, vorzüglich aber von Grolman vertretene und ausgebildete Präventionstheorie und die Abschreckungs- oder psychische Zwangstheorie Feuerbachs, waren es, die am Ende des vorigen und im Anfange dieses Jahrhunderts um die Herrschaft stritten, und die gleichzeitige Vergeltungstheorie Kants und Abichts, so wie die Vertragstheorie Fichte's, in den Hintergrund drängten. War es ein überwiegend praktisches Interesse, was die Zeit an dem Streite dieser Theorieen nahm, so erklärt es sich, daß die relativen Theorieen Grolmans und Feuerbachs, in denen die Zweckbestimmung der Strafe und die hieraus sich ergebende Norm für Qualität und Quantität der Strafe viel schärfer und einseitiger hervortrat, weit mehr als die absoluten Theorieen, und ferner die von bedeutenden Criminalisten im einzelnen durchgeführten mehr als die von Philosophen nur in ihren Grundzügen gezeichneten Theorieen, sich dem praktischen Juristen und dem Gesetzgeber empfehlen mußten. In dem Streite der Grolmanschen Präventions- und der Feuerbachschen psychischen Zwangstheorie schien sich aber Anfangs der Sieg auf die Seite jener zu neigen, und unleugbar gebührte ihr in einer Beziehung der Vorzug vor anderen relativen Theorieen. Betrachtet sie die Verhütung künftiger Verbrechen als Zweck der Strafe, so ist es doch ihre Eigenthümlichkeit, daß nach ihr die Strafe nicht auf den Willen Aller, sondern nur desjenigen, welcher durch das vollbrachte Verbrechen seinen, dem Rechte widerstrebenden, Willen kund gegeben hat, bestimmend einwirken soll; daß deshalb das begangene Verbrechen als Maßstab für die verbrecherische Neigung, der entgegen gewirkt werden soll, und also auch das geschehene Verbrechen als rechtlicher Grund und als Norm für das Maß der Strafe betrachtet wird [17]). Inwiefern in dieser Auf-

17) Grolman ueber die Begründung des Strafrechts u. s. w. Gießen 1799. S. 50 flg. 68 flg. Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 2te Aufl. 1805. §. 6—7.

faſſung von Grund und Zweck der Strafe eine Inconſequenz enthalten ſei, bedarf hier keiner Unterſuchung [18]), jedenfalls aber war dadurch dem weſentlichen Mangel aller relativen Theorieen abgeholfen, daß ihnen nämlich, vermöge der äußerlichen Zweckbeſtimmung der Strafe, das gerechte Strafmaß abhanden kommt, ein Mangel, gegen welchen ſich, auch ohne wiſſenſchaftliche Erkenntniß des Grundes, ſehr leicht das natürliche Rechtsgefühl auflehnt. Wenn ſpäterhin die pſychiſche Zwangstheorie den vollſtändigſten Sieg und für längere Zeit die Alleinherrſchaft errang, ſo verdankte ſie dies, der Präventionstheorie gegenüber, nicht ihrem höherem Werthe, ſondern der Perſönlichkeit, der geiſtigen Kraft und Befähigung ihres Vertheidigers.

Die praktiſche Bedeutung dieſes wiſſenſchaftlichen Kampfes trat ſehr bald in bedeutſamer Weiſe hervor. Die bedeutendſten Criminaliſten jener Zeit, welche, ihrem ganzen Standpunkte nach, noch der unmittelbar vorangegangenen Periode angehörten, waren Klein und Kleinſchrod, die darum auch, ſelbſt abgeſehen von Kleins Betheiligung an derſelben, als die wiſſenſchaftlichen Repräſentanten der preußiſchen Strafgeſetzgebung, der bedeutſamſten Schöpfung jener Periode und der Summa deſſen, was ſie geleiſtet hatte, betrachtet werden können. Beide gehören darum auch, in Betreff der von den Strafrechtstheorieen erörterten Fragen, inſofern jener früheren Zeit an, als ſie ſich über dieſelben keine genügende Rechenſchaft gegeben hatten, oder, ſoweit ſie es verſuchten, ſich nur in einem ſchwankenden Eclecticismus bewegten. Klein war es, der ſich zuerſt durch ſeine gegen Feuerbach gerichtete Abhandlung [19]) in den Streit der Strafrechtstheorieen hinein wagte, aber ſeinem Gegner ſehr bald völlig unterlag [20]). In gleicher Weiſe mußte Kleinſchrod ſeinen Entwurf eines Strafgeſetzbuches für Bayern [21]), der, im einzelnen abweichend, im

18) Vgl. die kritiſche Erörterung und Vergleichung der Grolmanſchen und Feuerbachſchen Theorie bei Hepp deutſche Strafrechts-Syſteme II. S. 481 flg.

19) Archiv des Criminalrechts Bd. 2. Heft 1.

20) Feuerbach Ueber die Strafe als Sicherungsmittel, nebſt einer Prüfung der Kleinſchen Strafrechtstheorie. Chemnitz 1800.

21) Entwurf eines peinlichen Geſetzbuches für die churpfalzbayeriſchen Staaten, verfaßt von Kleinſchrod. München 1802.

Digitized by Google

wesentlichen auf dem Standpunkte der preußischen Strafgesetzgebung stand, den Angriffen, die vom Standpunkte der Grolmanschen [22]) wie der Feuerbachschen [23]) Theorie gegen ihn gerichtet wurden, erliegen sehen. Damit war zugleich über die preußische Strafgesetzgebung, von Seiten der Wissenschaft, das Verdammungsurtheil ausgesprochen, und wie sehr man dieselbe schon jetzt als ganz außerhalb der Zeit liegend betrachtete, ergiebt sich auch daraus, daß in diesem ganzen Kampfe, trotz der häufigen Bezugnahme auf das positive Recht, und selbst bei Gelegenheit des Streites über die neue bayerische Strafgesetzgebung, bei welcher eine Vergleichung mit jener doch so nahe lag, des preußischen Landrechtes und dessen, was es für das Strafrecht geleistet hatte, kaum gedacht wird. In kurzer Zeit hatten die Strafrechtstheorieen eine solche Bedeutung gewonnen, daß die Forderung: die Strafgesetzgebung planmäßig vom Standpunkte einer solchen Theorie aus zu gestalten, ganz unabweisbar schien, und zwar nicht bloß, weil diese Forderung als eine wissenschaftlich durchaus gerechtfertigte betrachtet wurde, sondern weil man gerade in solcher Weise dem praktischen Bedürfnisse einer festen Norm für Art und Maß der Strafe zu genügen hoffte. Während aber in Bayern die psychische Zwangstheorie den Sieg davon trug und ihrem Schöpfer Feuerbach die Bearbeitung der Strafgesetzgebung übertragen wurde, wandte sich in Preußen der Sieg entschieden auf die Seite der Grolmanschen Präventionstheorie, und dies um so leichter, als bereits, von ihr unabhängig, das praktische Bedürfniß die Gesetzgebung ihr entgegengeführt hatte.

Schon das Reglement wegen Errichtung der Inquisitoriate und Criminal-Anstalten überhaupt in Südpreußen, vom 10. April 1796 [24]), gab durch seine Anordnungen über die Pflege und Be-

---

22) Stürzer Ueber den Zustand des Criminalwesens in Deutschland. Landshut 1803. Vgl. Stürzer Ueber die Rücksichten, die der Gesetzgeber bei Verfassung eines neuen Strafcodex zu nehmen hat. Landshut 1801.

23) Feuerbach Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs eines peinlichen Gesetzbuchs. Gießen 1804.

24) Nov. C. C. X. p. 163.

Digitized by Google

handlung der Gefangenen das Streben zu erkennen, möglichst für deren Besserung zu sorgen. Hieran schließt sich die Instruktion, wie es bei Entlassung der zur Festungs- oder Zuchthausarbeit verurtheilt gewesenen Personen gehalten werden soll, vom 27. März 1797 [25]), deren wesentlicher Zweck es war, dafür zu sorgen, daß den entlassenen Sträflingen eine gesicherte Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft gewährt werde, um sie damit der Versuchung zur Begehung weiterer Verbrechen zu entziehen. Wenn sodann die oben charakterisirte Circular-Verordnung vom 26. Februar 1799 es als ihren Zweck angiebt, den „Unterthanen den „ruhigen Besitz ihres Eigenthums zu sichern, zur Verhütung des „Stehlens und Raubens abschreckende Beispiele aufzustellen, die „Verbrecher womöglich zu bessern, und wenn sie keiner Besse„rung fähig sind, für ihre Mitbürger unschädlich zu machen," wenn ferner ihr weiterer Inhalt in Betracht gezogen wird, so kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß sie sich mit Bewußtsein auf den Standpunkt der Strafrechtstheorie Grolmans stellt, die er im Jahre vorher zuerst in der ersten Auflage seines Lehrbuches entwickelt hatte. Jeden Zweifel darüber, welche Strafrechtstheorie sich in den maßgebenden Kreisen des preußischen Staates Bahn gebrochen hatte, beseitigt endlich der Justiz-Minister von Arnim in seiner erwähnten Schrift, in welcher er, um für seine Vorschläge, in Betreff des Gefängnißwesens, eine sichere Grundlage zu gewinnen, in ziemlich umfangreicher Weise eine Strafrechtstheorie entwickelt, die lediglich von Grolman entlehnt ist, und die er selbst als Präventionstheorie bezeichnet [26]). Wenn er es ist, der zugleich die erste Kunde von dem Entschlusse: die ganze preußische Strafgesetzgebung einer Revision zu unterwerfen giebt [27]); er, der unzweifelhaft als der Vorsteher des Criminal-Departements im Staatsministerium den bedeutsamsten Einfluß auf diesen Entschluß geäußert hat, so kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß, wäre schon damals das beabsichtigte Werk vollendet worden, Preußen ein, vom Standpunkte der Präven-

25) Nov. C. C. X. p. 995.
26) Bruchstücke über Verbrechen und Strafen Thl. II. Abschnitt 1.
27) v. Arnim a. a. O. Thl. II. Abschn. 4. S. 137.

Digitized by Google

tionstheorie aus gestaltetes, Strafgesetzbuch erhalten haben würde, freilich nicht, weil man in theoretischem Interesse geneigt gewesen wäre, ein derartiges Experiment zu machen, sondern weil die mannigfachen, auch von Arnim charakterisirten, Mängel der landrechtlichen Strafgesetzgebung in deren praktischer Handhabung sich genügend fühlbar gemacht und den Entschluß der Revision hervorgerufen hatten, bei dessen Ausführung man sich dem bereits in die Gesetzgebung eingedrungenen Einflusse der Wissenschaft nicht würde haben entziehen können. Die Criminal-Ordnung von 1805 verkündete durch ihren Titel, der sie als ersten Theil des Allgemeinen Criminalrechts für die Preußischen Staaten bezeichnete, und durch das Publikations-Patent in offizieller Weise die bevorstehende Revision der Strafgesetzgebung, und auch hier giebt sich, besonders im sechsten Titel, in den Anordnungen über die Vollstreckung der Strafen, namentlich der Freiheitsstrafen, die angedeutete Tendenz genügend zu erkennen.

§. 26.

Die preußische Strafgesetzgebung von 1805 bis zum Strafgesetzbuche von 1851.

Die ausgesprochene Absicht, den 20. Titel des zweiten Theils des Allgemeinen Landrechtes durch eine neue Strafgesetzgebung völlig zu beseitigen, bestimmte nothwendig den Charakter der preußischen Strafgesetzgebung in der Zeit von 1805 bis zum Erscheinen des neuen Gesetzbuches. So wie jener Entschluß gefaßt war, hörte natürlich jedes Interesse für eine eigentliche Fortentwickelung der bestehenden Strafgesetzgebung auf, und nur wo es das augenblickliche Bedürfniß erforderte, schritt die Gesetzgebung ein, immer mit dem, mitunter ausdrücklich ausgesprochenen [1]), Bewußtsein, nur für den Augenblick zu schaffen. Darum läßt sich auch von einer solchen Gesetzgebung nicht erwarten, daß sich in derselben vielleicht ein, wenn auch nur unwillkürlicher,

1) Cab.-Ordre vom 29. Januar 1812 in Kamptz Jahrb. Bd. 1. S. 5. Cab.-Ordre vom 6. Mai 1825. Gesetz-Sammlung S. 136. Cab.-Ordre vom 13. März 1830 in Kamptz Jahrb. Bd. 35. S. 137.

Digitized by Google

durch die Einwirkung der Zeitrichtung, die Entwickelung der Wissenschaft und der Gesetzgebung anderer Staaten bewirkter, Fortschritt kundgeben werde. Losgelöst von allen derartigen Einflüssen und lediglich bestimmt durch dasjenige, was, nach dem Urtheile der Gerichte und Behörden aller Art, als unabweisbares Bedürfniß erschien, konnte diese gesetzgebende Thätigkeit nur ein Ergebniß haben, das jeder höheren und allgemeineren Bedeutung gänzlich entbehrt.

Werden neben den, mit königlicher Sanction versehenen, Gesetzen auch die vielen, auf das Strafrecht sich beziehenden Ministerial-Rescripte als Akte der Gesetzgebung betrachtet, wie dies darum allerdings geschehen muß, weil bei dem Mangel fester, verfassungsmäßiger Grenzen zwischen Gesetz und Rescript, das letztere seinem Inhalte nach nicht selten die Bedeutung des ersteren annahm, so beschäftigt sich ein sehr großer Theil dieser verschiedenen gesetzlichen Erlasse nur mit Interpretation und Declaration der landrechtlichen Bestimmungen, die durch ihre ungenügende Fassung nur zu oft zu Zweifeln Veranlassung gaben. Neben diesen Declarationen erschien eine große Zahl neuer, das Landrecht ergänzender und modifizirender Strafbestimmungen, die sich größtentheils auf geringere Vergehen beziehen, und durch die vielfache Umgestaltung der öffentlichen Rechtsverhältnisse, zum Beispiel die der Heeres-Verfassung, des Zoll- und Steuer-Systemes, des Gewerbewesens u. s. w., erforderlich wurden. Andere Strafbestimmungen, veranlaßt durch die bekannten Zeitereigniſſe und die Anordnungen der deutschen Bundes-Versammlung, bezogen sich auf politische und Preßvergehen. Nur in einem Punkte machte sich allmälig, und so gut es ohne planmäßige und totale Umgestaltung gehen wollte, der Fortschritt der Zeit einigermaßen bemerkbar, nämlich in den auf das Strafensystem des Landrechtes sich beziehenden Aenderungen.

In Betreff der Todesstrafen wurde gesetzlich zwar nur die Umwandlung der Hinrichtung durch das Schwerdt in die durch das Beil [2]), und die Beseitigung des Aufflechtens eines Hinge-

2) Cab.-Ordre vom 19. Juni 1811. Gesetz-Sammlung S. 199.

Digitized by Google

richteten auf das Rad [3]), so wie der Vollziehung einer Todesstrafe am Leichname des Verbrechers [4]) angeordnet; aber die Praxis wich bald vom Gesetze weit ab, da bei den Todesstrafen sehr häufig Begnadigung eintrat, und namentlich in den meisten Fällen die sogenannten qualifizirten Todesstrafen in die einfache der Enthauptung verwandelt wurden.

Die rechtliche Bedeutung der Ehrenstrafen blieb zwar im allgemeinen noch immer sehr zweifelhaft; denn, wenn die Cabinets-Ordre vom 1. April 1819 [5]) es leugnet, daß es die Absicht des Gesetzes gewesen sei, durch Verlust der bürgerlichen Ehre eine völlige Entehrung eintreten zu lassen, so stimmt dies gewiß mit den Ansichten der Redaktoren der landrechtlichen Strafgesetzgebung nicht überein. Eben so wenig entspricht es den anderweitigen Bestimmungen des Landrechtes, besonders in Betreff der privatrechtlichen Folgen des Ehrenverlustes, wenn hier die Wirkung auf den Verlust der Vorzüge in der bürgerlichen Gesellschaft, die der Verurtheilte etwa genossen hat, beschränkt wird, so daß bei Personen, denen jeder Vorzug der Art fehlte, überhaupt kein Verlust der bürgerlichen Ehre eintreten solle. Im einzelnen aber, und besonders in ihrer Verbindung mit den Freiheitsstrafen, gewannen die Ehrenstrafen eine etwas festere Gestalt. Den nächsten Anlaß hierzu gaben die Verordnungen vom 22. Februar und 30. September 1813, betreffend das Tragen und den Verlust der Nationalkokarde, deren Bestimmungen durch mehrere spätere Rescripte und Cabinets-Ordres [6]) vervollständigt wurden.

---

3) Cab.-Ordre vom 19. Oktober 1811. Offizielle Sammlg. d. Verordn. S. 5.

4) Crim.-Ordn. §. 550 und Rescript vom 24. Oktober 1812 in Kamptz Jahrb. I. S. 262.

5) Kamptz Jahrb. XIII. S. 313.

6) Rescripte vom 3. und 10. Mai 1814 in Kamptz Jahrb. III. S. 282. Rescript vom 4. November 1815 ebend. VI. S. 196. Cab.-Ordre vom 28. März 1816. Off. Sammlg. d. Verordn. S. 14. Cab.-Ordre vom 1. Juli 1817 in Kamptz Jahrb. X. S. 23. Rescript vom 2. Febr. 1825 ebend. XXV. S. 129. Hiermit stehen in Verbindung und sind zu vergleichen die vielfachen Anordnungen über Verwirkung des National-Militairabzeichens und Landwehrkreuzes, den Verlust der Kriegsdenkmünze, der Orden und anderer Ehrenzeichen, des Adels, des Patronats, der Gerichtsbarkeit und Standschaft, des städtischen Bürgerrechtes und der kaufmännischen Rechte.

Digitized by Google

Hiernach erscheint der Verlust der Nationalkokarde als ein Zeichen des Verlustes der bürgerlichen Ehre, dessen Wirkungen zwar auch jetzt nicht näher bestimmt wurden, der aber nunmehr viel häufiger eintrat, als nach den Bestimmungen des Landrechtes. Abgesehen von militairischen Vergehen, soll nämlich der Verlust der Nationalkokarde in allen Fällen eintreten, in denen, wegen eines an sich entehrenden Verbrechens, der Schuldige zu einer Festungs- und Zuchthausstrafe mit Strafarbeit verurtheilt wurde. Welche Verbrechen als entehrende anzusehen seien, darüber konnte allerdings, beim Mangel näherer Bestimmungen, der Richter nur in Rücksicht auf die öffentliche Meinung entscheiden. Hierdurch, und durch eine Reihe besonderer, darauf sich beziehender, Bestimmungen [7]), erhielten zugleich die verschiedenen Arten der Freiheitsstrafen eine einigermaßen festere Gestalt. Hiernach ist die lebenslängliche Festungsarbeit stets eine entehrende Strafe, welche den Verlust der Nationalkokarde ipso iure nach sich zieht. Andere mit Strafarbeit verbundene Festungs- und Zuchthausstrafen sind zwar nicht an sich entehrend, so daß, wenn sie wegen entehrender Verbrechen verhängt werden, der Verlust der Nationalkokarde im Urtheil stets besonders ausgesprochen werden muß. Der Grund davon aber, daß man, im Widerspruche zur Volksanschauung, — die man als die eigentlich richtige bisher dadurch anerkannt hatte, daß jene Strafen in der Regel ausdrücklich salva fama auferlegt wurden, — auch jetzt diese Arten der Freiheitsstrafe nicht als ipso iure entehrende behandelte, lag in der Berücksichtigung der Standesverhältnisse, vermöge deren, bei nicht entehrenden Verbrechen, Personen niederer Stände zu einer in Festung oder Zuchthaus zu verbüßenden Strafarbeit verurtheilt wurden, während im gleichen Falle Personen höherer Stände nur eine, auch von der öffentlichen Meinung nicht als entehrend an-

7) Rescript vom 31. Mai 1802. Nov. C. C. XI. p. 953. Rescript vom 15. Septbr. 1804. N. Archiv d. Preuß. Gesetzgeb. Bd. 3. S. 487. Rescript vom 24. Mai 1805 ebend. Bd. 4. S. 174. Rescript vom 6. Decbr. 1809. Mathis jurist. Monatsschrift Bd. 8. S. 560. Cab.-Ordre vom 8. Septbr. 1821. Gesetz-Sammlg. S. 158. Rescript vom 20. Juni 1812. Kamptz Jahrb. Bd. 1. S. 65. Cab.-Ordre vom 14. Juli 1834 ebend. Bd. 44. S. 143. Vgl. Crim.-Ordn. §. 556 flg.

Digitized by Google

gesehene, Freiheitsstrafe erduldeten. Darum wird z. B. ausdrücklich angeordnet, daß für Staatsbeamte der nicht mit Strafarbeit verbundene Festungsarrest nicht entehrend ist, und an sich nicht die Kassation nach sich zieht, während die Zuchthausstrafe in allen Fällen ipso iure den Verlust der bürgerlichen Ehre und Kassation bewirken solle [8]). Hieraus ergab sich folgendes festere Verhältniß der Freiheitsstrafen: 1) die härteste Freiheitsstrafe ist die lebenslängliche Festungsarbeit, die übrigens, namentlich bei Frauen, auch im Zuchthause vollstreckt werden konnte, und die stets entehrend ist; 2) die mit Strafarbeit verbundene Festungs- und Zuchthausstrafe ist in der Regel entehrend, ausnahmsweise ist sie es nicht, wenn sie, an Stelle anderer Freiheitsstrafen, wegen nicht entehrender Verbrechen, gegen Personen niederer Stände verhängt wird; 3) der Festungsarrest und die Gefängnißstrafe sind nicht mit Strafarbeit, wohl mit angemessener Beschäftigung des Sträflings verbunden, und sind an sich nie entehrend, obwohl auch mit ihnen durch richterliches Urtheil Verlust der bürgerlichen Ehre verbunden werden kann.

Die Strafe der körperlichen Züchtigung wurde im einzelnen mehr und mehr beseitigt und sodann im allgemeinen auf Personen der untersten Volksklasse beschränkt und für Weibspersonen ganz aufgehoben [9]).

Die Strafe der Privatgenugthuung bei Injurien wurde völlig aufgehoben [10]), und bemerkenswerth ist es, daß es noch im Jahre 1810 erforderlich schien, die Anwendung von Strafmitteln, die im Landrechte nicht erwähnt sind, wie die des Geigen und des hölzernen Blockes oder Stockes, ausdrücklich zu verbieten [11]).

Es ergiebt sich hiernach, daß von einer eigentlichen Fort-

---

8) Cab.-Ord. vom 11. Jan. 1813. Ges.-Sammlg. S. 5. Rescript vom 10. Septbr. 1814. Kamptz Jahrb. Bd. 3. S. 296.

9) Crim.-Ordn. §. 408 u. 555. Cab.-Ordre vom 14. Mai 1811. Ges.-Sammlg. S. 196. Rescript vom 23. Mai 1812 in Kamptz Jahrb. Bd. 1. S. 6. Rescript vom 7. Decbr. 1827 ebend. Bd. 30. S. 386. Cab.-Ordre vom 29. März und vom 9. Oktober 1833.

10) Cab.-Ordre vom 1. Februar 1811. Gesetz-Sammlg. S. 149.

11) Rescripte vom 12. Febr. und 28. April 1810 in Hoffmanns Repertorium Th. 2. S. 265.

Digitized by Google

bildung des preußischen Strafrechtes auf dem Wege der Gesetzgebung nur in höchst beschränkter Weise die Rede sein kann, wie dies freilich nicht anders zu erwarten war, nachdem ihm schon so bald durch die gesetzgebende Gewalt selbst, und durch den Entschluß, eine neue Strafgesetzgebung zu veranstalten, die Entwickelungsfähigkeit abgesprochen war. Man müßte diesen Entschluß als einen übereilten, und, dem inneren Werthe der landrechtlichen Strafgesetzgebung gegenüber, ungerechtfertigten betrachten, wollte man vermuthen, daß es, wenn nicht der Gesetzgebung, so doch vielleicht der Wissenschaft gelungen sei, einen fortbildenden Einfluß auf das preußische Strafrecht auszuüben. Eine kurze Betrachtung seines Verhältnisses zur Wissenschaft wird aber ergeben, daß auch diese einen solchen Einfluß nicht äußerte.

Nur einmal, und zwar durch die sächsischen Criminalisten des 17ten Jahrhunderts, war es der Wissenschaft gelungen, im Anschlusse an das Partikularrecht, wirklich Bedeutsames zu leisten, und dies gerade nur darum, weil die churſächsische Landesgesetzgebung, weit entfernt, sich vom gemeinen deutschen Strafrecht loslösen zu wollen, gleichsam nur im Dienste desselben, es aus seinen eigenen Quellen im einzelnen fester zu bestimmen und zu vervollständigen unternahm. Darum gehören, von Carpzow zu geschweigen, auch die an die Artikel der churſächsischen Constitutionen sich anschließenden Arbeiten Mollers und Berlichs weit überwiegend der Geschichte des gemeinen deutschen, nicht bloß der des sächsischen Strafrechtes an. Eine ganz andere Richtung hatte aber seit der Mitte des 18ten Jahrhunderts die Landesgesetzgebung eingeschlagen, denn durch die Strafgesetzbücher Bayerns, Oestreichs, Bambergs und Preußens löste sich nicht bloß der größere Theil des deutschen Reiches vom gemeinen Rechte los, sondern es wurde auch, indem sich gegen die Berechtigung zu solcher Trennung von keiner Seite irgend ein Zweifel erhob, damit thatsächlich anerkannt, daß das gemeine Recht als solches zu existiren aufgehört habe, und nur noch als ein gemeinsames Recht vieler deutscher Territorien ein precäres, auf dem Belieben der Landesgesetzgebung beruhendes, Dasein

Digitized by Google

führe. Die Auflösung des Reiches bestätigt deshalb nur formell, was in Betreff des Strafrechtes thatsächlich längst geschehen war. Die Wissenschaft dagegen verschmähte es zunächst noch durchaus, diesem Entwickelungsgange des positiven Rechtes Folge zu leisten, und, mit Beseitigung des gemeinen, etwa ausschließlich das Partikularstrafrecht zum Gegenstande ihrer Thätigkeit zu machen. Es ist leicht erklärlich, daß man, so lange der deutsche Reichsstaat noch bestand, die Thatsache des völligen Unterganges des gemeinen Strafrechtes in der größeren Hälfte des Reiches unbeachtet ließ. Aber selbst nach 1806 wurde von den deutschen Criminalisten der Untergang des Reiches und dessen Einfluß auf die Bedeutung des gemeinen Strafrechtes entweder mit Stillschweigen übergangen, wie dies z. B. Grolman that, oder sie ließen sich doch, trotz der Anerkennung der Thatsache, daß das gemeine Strafrecht als solches zu existiren aufgehört habe, wie z. B. Feuerbach, nicht abhalten, das gemeine Strafrecht nach wie vor zum Mittelpunkte ihrer wissenschaftlichen Thätigkeit zu machen. Der Grund davon lag freilich nicht bloß in dem Umstande, daß wenigstens in den ersten zwanzig Jahren nach dem Untergange des Reiches, das bisherige gemeine Strafrecht immer noch in einem ansehnlichen Theile Deutschlands als ein gemeinsames Recht einzelner deutscher Staaten fortbestand, nicht in dem Interesse, das es vermöge dieser fortdauernden praktischen Geltung in Anspruch nahm, sondern vielmehr darin, daß die Doctrin im Laufe von drei Jahrhunderten auf der Grundlage der gemeinrechtlichen Quellen ein, freilich weit über diese hinausgehendes, wissenschaftliches System des Strafrechtes erbaut hatte, das die geschichtliche und rationelle Basis der Partikulargesetzgebung war und blieb; daß das preußische, wie östreichische und bayerische Strafrecht, keine so selbständige Bedeutung in Anspruch nehmen konnte, um ein eigenthümliches, in besonderer Weise sich entwickelndes, wissenschaftliches System aus sich hervorzubringen, und daß darum die, an sich gewiß erforderliche, wissenschaftliche Behandlung des Partikularstrafrechtes nothwendig überall auf das System des gemeinen Rechtes zurückführen und an dieses anknüpfen mußte. Hatte die Doctrin schon im Laufe des 18ten

Digitized by Google

Jahrhunderts sich mehr und mehr von der Praxis losgelöst, um überwiegend für die Zwecke des akademischen Unterrichtes und der Gesetzgebung thätig zu sein, und fand die Strafrechtswissenschaft auch im 19ten Jahrhundert ihre bedeutsamsten Vertreter unter den Universitätslehrern, so lag es nahe, daß man auch jetzt, unbekümmert um die ganz veränderte praktische Bedeutung des gemeinen Strafrechtes, an diesem festhielt, da in Bezug auf jene Zwecke seine Bedeutung nach wie vor dieselbe blieb. Hieraus erklärt sich zugleich die weitere Entwickelung der Strafrechtswissenschaft und ihr Verhältniß zur Praxis und zum Partikularrecht.

Der Umschwung, den in der deutschen Rechtswissenschaft vorzüglich die historische Schule bewirkte, der mächtige Fortschritt in der geschichtlichen Erforschung des römischen und deutschen Rechtes konnte freilich auch für das Strafrecht nicht ohne fördernden Einfluß bleiben. Aber es hatte derselbe hier doch eine viel beschränktere Bedeutung als auf dem Gebiete des Civilrechtes, denn Wissenschaft und Praxis waren bereits zu weit von den Quellen abgewichen und über ihren Standpunkt hinausgegangen, als daß eine tiefere wissenschaftliche Erkenntniß derselben zugleich auch eine Rückkehr zu ihnen hätte bewirken können. Der von Feuerbach, wenn auch nur in sehr beschränkter Weise, unternommene Versuch, das gemeine Strafrecht auf den Buchstaben des Gesetzes zurückzuführen, blieb darum für die Praxis wie für die Wissenschaft gleich wirkungslos. Das Bedeutsamste, was die Strafrechtswissenschaft leistete, gehörte vielmehr dem Gebiete der philosophischen Erforschung und Feststellung der strafrechtlichen Begriffe an, und der fortdauernde Kampf der Strafrechtstheorieen ist es, der in dieser Beziehung als das wichtigste Förderungsmittel diente. Die Wissenschaft bewegte sich darum in einer Sphäre, in welcher ihr der Gedanke: auf die Praxis derjenigen Länder, in denen das gemeine Recht noch fortbestand, einen unmittelbaren Einfluß ausüben zu wollen, sehr fern lag, und eben so wenig konnte sie sich veranlaßt finden, der Partikulargesetzgebung des 18ten Jahrhunderts, über deren Standpunkt sie hinaus war, eine besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Dagegen entsprach es der angegebenen Richtung der Strafrechts-

Digitized by Google

wissenschaft in hohem Grade, sich überall da auf das Lebendigste zu betheiligen, wo es sich um Fragen der Strafgesetzgebung handelte, da sie hier ihre, schon längst nicht mehr auf das Verarbeiten eines positivrechtlichen Stoffes, sondern überwiegend auf das selbständige Schaffen gerichtete, Thätigkeit vorzüglich bewähren konnte.

Es ist unter solchen Umständen gewiß sehr verzeihlich, wenn umgekehrt die Praktiker, in Preußen wie in allen den Ländern die sich vom gemeinen Rechte losgelöst hatten, ihrerseits sich mehr und mehr von der Wissenschaft schieden, die ihnen für die Befriedigung ihres nächsten Bedürfnisses nichts zu bieten hatte. Hierzu kam, daß die Zeit die Befürchtungen, welche schon beim Erscheinen des Allgemeinen Landrechtes laut geworden waren [12]), allmälig rechtfertigte; daß die preußischen Praktiker zum großen Theile durch die Loslösung Preußens von den gemeinrechtlichen Quellen sich auch von der Wissenschaft des gemeinen Strafrechtes gelöst glaubten; daß sie durch die Vollständigkeit und Ausschließlichkeit der preußischen Strafgesetzgebung sich unwillkürlich dazu verleiten ließen, sie auch als eine völlig selbständige, auf eigener Grundlage beruhende, nur aus sich zu erkennende und zu erklärende zu betrachten, eine Anschauung, die unleugbar dadurch befestigt wurde, daß, wo die Wissenschaft überhaupt und die des gemeinen Strafrechtes insbesondere, Auskunft und Hilfe hätten gewähren können, diese stets in declarirenden Ministerial-Rescripten gesucht und gewährt wurde. In solcher Weise trat erst jetzt eine in dem Charakter der landrechtlichen Strafgesetzgebung nicht liegende Isolirung des preußischen Strafrechtes ein, vermöge deren von irgend einem fortbildenden Einflusse der gemeinrechtlichen Doctrin auf das preußische Strafrecht nicht die Rede war [13]).

Es bleibt noch übrig, die Frage kurz zu berühren, inwiefern

12) (Stelzer) Kritik über Preußens neues Criminalgesetz. Halle 1795. S. 30. Vgl. Temme Lehrbuch des Preuß. Strafrechts. S. 48.

13) In den Lehrbüchern von Salchow, Jarke, Henke, Abegg und Hefter wird zwar allerdings fortlaufend auf das preußische Strafrecht verwiesen, aber doch immer nur sehr beiläufig und vergleichungsweise, so daß von solcher Berücksichtigung unmöglich irgend ein wesentlicher Einfluß zu erwarten war.

Digitized by Google

etwa die Strafgesetzgebung des Landrechtes es vermocht hat, eine eigene Litteratur aus sich zu erzeugen. Wenn es nun allerdings an litterarischen Arbeiten über das preußische Strafrecht nicht mangelt [14]), wenn das Verdienstliche, das durch manche derselben geleistet wurde, vollkommen anzuerkennen ist, so kann doch nicht geleugnet werden, daß wirklich Bedeutsames und Förderndes in ihnen nicht zu finden ist. Die Gründe dafür liegen nahe genug. Es konnte wahrlich nicht erwartet werden, daß sich bedeutende Kräfte der wissenschaftlichen Bearbeitung einer Strafgesetzgebung zuwenden würden, über welche bereits von der gesetzgebenden Gewalt des Staates das Todesurtheil gesprochen war, und die, schnell veraltet, sich überall im Widerspruche zum Standpunkte der Wissenschaft des 19ten Jahrhunderts befand. Der größere Theil aller litterarischen Erscheinungen über preußisches Strafrecht besteht daher entweder aus Compilationen, deren Zweck es ist, eine leichte Uebersicht über die gesammte Strafgesetzgebung zu geben und die, gewiß sehr verdienstlich und dankenswerth, doch ohne alle wissenschaftliche Bedeutung sind, oder aus Arbeiten, denen zwar wissenschaftliche Bedeutung und Verdienst zuerkannt werden muß, die aber einen fördernden Einfluß auf das bestehende Strafrecht nicht ausübten, weil sie dasselbe nur vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik aus kritisch und in Rücksicht auf die angeordnete Revision der Strafgesetzgebung betrachteten. Nur in einer geringeren Zahl selbständiger Werke wurde eine systematische und dogmatische Behandlung des gesammten preußischen Strafrechtes, oder einzelner Theile desselben unternommen. Neben Werken, wie die hierhergehörigen Temme's [15]), denen der Verfasser selbst kaum einen wissenschaftlichen Werth beizulegen wagt, stehen einige andere [16]), denen, trotz des

14) Zu vergleichen ist hierüber die Abhandlung Abeggs: Die Preußische Strafgesetzgebung und die Rechts-Litteratur in ihrer gegenseitigen Beziehung, in Goltdammers Archiv für Preuß. Strafrecht Bd. 1 u. 2.

15) Handbuch des Preuß. Criminalrechts. Leipzig 1837. Die Lehre von der Tödtung nach Preuß. Rechte. Die Lehre vom Diebstahl nach Preuß. Rechte. Die Lehre vom Betruge nach Preuß. Rechte.

16) Meyer Versuch einer Prüfung der Lehre vom Thatbestande und der Thäterschaft der Verbrechen im Allgemeinen und des Verbrechens der Tödtung

Digitized by Google

wissenschaftlichen Strebens und der Tüchtigkeit ihrer Verfasser, wenigstens eine irgend hervorragende Bedeutung nicht zugestanden werden kann. Der Grund davon lag freilich überwiegend an dem Stoffe selbst, der, seiner Natur nach, nicht geeignet war, als Material eines wissenschaftlichen Kunstwerkes zu dienen; denn Niemand wird je im Stande sein, in der Lehre vom Thatbestande und der Thäterschaft, von der Tödtung, vom Diebstahle nach den Bestimmungen des Landrechtes und der dasselbe ergänzenden Gesetzgebung, die im positiven Rechte herrschende Unklarheit in Klarheit, die zusammenhangslos nebeneinander stehenden Einzelbestimmungen in die Allgemeinheit eines scharf formulirten Begriffes, die Inconsequenz und den Widerspruch in systematische Folgerichtigkeit zu verwandeln. Das meiste Interesse unter den preußischen Praktikern erregte jedenfalls Hitzigs Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den preußischen Staaten theils durch die Mittheilung musterhafter praktischer Arbeiten, theils durch eine Reihe vortrefflicher wissenschaftlicher Abhandlungen, die freilich auch zum nicht geringen Theile sich mit der Gesetzeskritik befassen. Wenn aber Hitzig zugleich es versuchte, den Blick der Praktiker über die Grenzen des preußischen Strafrechtes hinauszuführen, wenn er es versuchte, in den von ihm begründeten Annalen einen neuen Mittelpunkt für die Theorie und Praxis des gesammten deutschen gemeinen und partikulären Strafrechtes zu gründen, so blieb doch dieses an sich anerkennenswerthe Streben eben so sehr für Preußen, als alle übrigen deutschen Staaten, erfolglos.

§. 27.

Die Revision der Strafgesetzgebung und das Strafgesetzbuch von 1851.

Nachdem im Jahre 1805 der Entschluß, die gesammte Strafgesetzgebung einer Revision zu unterwerfen, verkündet worden war, traten die politischen Ereignisse ein, welche vorläufig jeden

---

insbesondere nach den Grundsätzen des Preuß. Rechts. 1836. Funk Das Verbrechen des Diebstahls nach Preuß. Rechte. 1837. Bahn Die Preußische Gesetzgebung über Diebstahl. 1850.

Digitized by Google

Gedanken an die Ausführung eines ſolchen Planes gänzlich beſeitigten. Für das beabſichtigte Geſetzeswerk war dieſe Verzögerung von großem Vortheile, denn ſie erſparte ohne Zweifel Preußen die Erfahrung, welche Bayern machen mußte, die Erfahrung, daß die eben vollendete Strafgeſetzgebung einer abermaligen Reviſion dringend bedürftig ſei. Das von Feuerbach verfaßte bayeriſche Strafgeſetzbuch von 1813 bekundete, verglichen mit der Strafgeſetzgebung des preußiſchen Landrechtes, freilich überall den bedeutſamen Umſchwung, den die Strafrechtswiſſenſchaft ſeit dem Ende des 18ten Jahrhunderts, vorzüglich durch Grolman und Feuerbach, erfahren hatte; es ließ freilich, dieſen Fortſchritten gegenüber, die preußiſche Strafgeſetzgebung, nach Form wie Inhalt, als völlig veraltet erſcheinen; aber nicht weniger bekundete es die große Einſeitigkeit der Feuerbachſchen Strafrechtstheorie trotz der vielfachen Abſchwächungen, die ſie in ihren Conſequenzen durch die Beſchlüſſe der den Entwurf revidirenden Geheime-Raths-Commiſſion erfahren hatte; nicht weniger erwies ſich dies Geſetzbuch als das Ergebniß eines wiſſenſchaftlichen Standpunktes, der durch tief eingreifende Kritik des Hergebrachten, durch mächtige Anregung zu fortſchreitendem Schaffen zwar unzweifelhaft den Beginn einer neuen Epoche bezeichnete, aber, um die Baſis einer Geſetzgebung zu werden, noch allzuſehr der Durchbildung und Abklärung bedurfte. Ein im Beginne des 19ten Jahrhunderts vollendetes preußiſches Strafgeſetzbuch würde darum, wenn auch, wie ſchon erwähnt, wahrſcheinlich einer anderen wiſſenſchaftlichen Richtung folgend als das bayeriſche, doch ſicher den gleichen Mängeln wie dieſes ausgeſetzt geweſen ſein. Aber wenn auch das bayeriſche Strafgeſetzbuch an ſich nur die Bedeutung eines kühnen Experimentes hatte, das einen bleibenden, praktiſchen Werth nicht erlangen konnte, ſo war es doch auch ein Experiment, das eben ſo ſehr durch ſeine Vorzüge wie ſeine Mängel nach allen Seiten hin ein helles Licht über die weſentliche Aufgabe der Strafgeſetzgebung des 19ten Jahrhunderts verbreitete, und damit für ganz Deutſchland die Baſis der neueren Strafgeſetzgebung wurde.

In Preußen wurde, bald nachdem der Friede hergeſtellt war,

Digitized by Google

die beabsichtigte Revision der Strafgesetzgebung wieder aufgenommen [1]). Der als europäische Macht wiedererstandene preußische Staat bedurfte aber nicht bloß einer neuen und einheitlichen Gestaltung der Verfassung und Verwaltung, sondern auch einer Entscheidung der Frage: ob und in welchem Umfange die in den einzelnen Landestheilen des neu gestalteten Staates bestehende Verschiedenheit des Privat-, wie Straf- und Prozeßrechtes fortdauern solle oder nicht? Bevor aber noch die, zur Prüfung dieser Frage in Betreff der in der Rheinprovinz bestehenden französischen Gesetzgebung ernannte, Justizcommission ihre Aufgabe gelöst hatte, wurde bereits der Staatsminister von Beyme, augenscheinlich um damit die künftige Rechtsgleichheit aller Provinzen des Staates vorzubereiten, mit der Revision des gesammten Allgemeinen Landrechtes, also einschließlich der Strafgesetzgebung, und der Gerichtsordnung, beauftragt [2]). Nicht bloß die Größe der gestellten Aufgabe, welche eine baldige Erledigung nicht erwarten ließ, von der Beyme überdies auch dadurch vielfach abgezogen wurde, daß er bis 1820 zugleich die Oberaufsicht über die Rechtspflege der Rheinprovinz zu führen hatte, sondern besonders wohl auch die bald darauf eintretenden Schwankungen in dem politischen Systeme der Regierung und die widerstrebenden Tendenzen der leitenden Persönlichkeiten, waren die Veranlassung, daß bei dem Ausscheiden Beyme's aus dem Staatsdienste für die Lösung der ihm gestellten Aufgabe, abgesehen von einigen bis jetzt nicht bekannt gewordenen Vorarbeiten, nichts

---

1) Die Materialien für die Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuches von 1851 finden sich bei v. Kamptz Kurze Uebersicht der Revision der Gesetzgebung von 1831 bis 1841 in den Jahrbüchern für die Preuß. Gesetzgebung u. s. w. Bd. 58 S. 325 flg. v. Kamptz Aktenmäßige Darstellung der Preußischen Gesetzrevision. a. a. O. Bd. 60. S. 1 flg. Beseler Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preuß. Staaten. Goltdammer Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preuß. Staaten. Zu vergleichen ist auch Temme Glossen zum Strafgesetzbuche für die Preuß. Staaten und Temme Lehrbuch des Preuß. Strafrechts. Wenn die systematische Darstellung des preußischen Strafrechtes häufig Veranlassung bieten wird, auf die innere Bildungsgeschichte des Strafgesetzbuches zurückzukommen, so wird es gerechtfertigt sein, wenn die folgende Darstellung sich überwiegend auf die äußere Entstehungsgeschichte beschränkt, und die verschiedenen Entwürfe, rücksichtlich ihres Inhaltes, nur ganz kurz charakterisirt.

2) Cab.-Ordre vom 3. November 1817. Gesetz-Samml. S. 289.

Digitized by Google

geleistet war. Erst nachdem 1825 die Gesetzrevision dem Justizminister Grafen Dankelmann übertragen war, begann eine sehr rege Thätigkeit, deren Richtung durch einen von Graf Dankelmann entworfenen Plan und durch die Cabinets-Ordre vom 24. Juli 1826 [3]) bestimmt wurde. Da letztere ausdrücklich forderte, daß das Allgemeine Landrecht und die Gerichts-Ordnung als Grundlage der Revisionsarbeit aufrecht erhalten und in diesen Gesetzbüchern „nur das, was sich davon bisher bei der Anwendung als unrichtig, mangelhaft, unbestimmt, oder als für das Bedürfniß der gegenwärtigen Verhältnisse unzureichend erwiesen habe, einer gründlichen Prüfung unterworfen, und nach dem Resultate derselben berichtigt, ergänzt, erläutert und vervollkommnet werden" solle, so sah sich Graf Dankelmann veranlaßt, wenigstens für die Strafgesetzgebung eine Abweichung von diesem Plane zu beantragen, da das gänzlich unhaltbare strafrechtliche System des Landrechtes eine völlige Neugestaltung der Strafgesetzgebung erforderlich mache. Die Cabinets-Ordre vom 14. November 1826 [4]) ertheilte die erbetene Erlaubniß nur unter ausdrücklicher Verwarnung, auch in der Bearbeitung des Strafrechtes nicht zu voreilig von der Grundlage der bestehenden Gesetzgebung abzuweichen.

Die erste Grundlage für die Bearbeitung des neuen Strafgesetzbuches bildeten die Gutachten, welche von den Gerichten erfordert worden waren, und die, im Sinne einer wirklichen Revision der landrechtlichen Strafgesetzgebung, sich an die einzelnen Abschnitte und Paragraphen derselben anschlossen. Innerhalb der, aus sechszehn Mitgliedern bestehenden, Gesetzrevisions-Commission wurde die Bearbeitung des Strafrechtes als Pensum I. der gesammten Revisionsarbeit einer besonderen, unter Leitung des damaligen Direktors im Justizministerium von Kamptz stehenden, Deputation übertragen. Der bereits im November 1827 vollendete Entwurf des Strafgesetzbuches, zum größeren Theile vom Kammergerichtsrath Bode, zum kleineren vom Ober-

3) v. Kamptz Aktenmäßige Darstellung der Preuß. Gesetz-Revision S. 295 flg.
4) v. Kamptz a. a. O. S. 298 flg.

Digitized by Google

landesgerichtsrath Schiller verfaßt, wurde jedoch nicht von der Deputation, sondern von der gesammten Gesetzrevisions-Commission berathen, welche das Ergebniß ihrer Berathungen in den Jahren 1828 und 1829 in einzelnen Abschnitten dem Staatsministerium vorlegte. Aus der, nach Maßgabe der Beschlüsse des Staatsministeriums geschehenen, Umarbeitung ging der, 1830 dem Staatsministerium vorgelegte, erste Entwurf des Strafgesetzbuches hervor, der, als Manuscript gedruckt, den Titel: „Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten. Erster Theil. Criminal-Strafgesetze.“ erhielt.

Im Vergleiche mit der Strafgesetzgebung des Landrechtes wird man nicht anstehen können, diesen Entwurf als den eines völlig neuen Strafgesetzbuches zu bezeichnen, obwohl andererseits die königliche Warnung: nicht ohne die triftigsten Gründe von dem bestehenden Rechte abzuweichen, augenscheinlich wohl beachtet worden war. Indem überall das bayerische Strafgesetzbuch, die in Sachsen und Hannover erschienenen Entwürfe neuer Strafgesetzbücher, und, wenn auch nur in beschränkter Weise, der Code pénal [5]), die gebührende Berücksichtigung gefunden hatten, ist im allgemeinen das Verhältniß dieses Entwurfes zum Landrechte das gleiche, wie das des Standpunktes der deutschen Strafrechtswissenschaft aus der Zeit nach Grolman und Feuerbach zu dem jener früheren Periode, deren bedeutendste Vertreter Quistorp, Klein und Kleinschrod waren. Es zeichnet sich darum, im Vergleich zum Landrechte, der Entwurf zunächst in Betreff der Fassung vortheilhaft aus durch größere Schärfe. In Betreff des Inhaltes liegt der bedeutsamste Fortschritt in der Aufstellung eines geordneten Strafensystems, das an die Stelle der mannigfachen Todesstrafen des Landrechtes nur die eine, durch Enthauptung zu vollziehende und nur symbolisch zu schärfende, setzte; das ferner

5) Es ist nicht richtig, wenn Temme Lehrbuch d. preuß. Strafrechts S. 73 behauptet, daß das französische Recht gar nicht berücksichtigt worden sei. Gingen freilich nur wenige Bestimmungen des Code pénal, wie z. B. über den Versuch und über meurtre excusable, in den Entwurf über, so war doch auch in manchen anderen Beziehungen das französische Strafrecht in Betracht gezogen worden, obwohl man schließlich seinen Anordnungen absichtlich nicht folgte.

Digitized by Google

die verschiedenen Freiheitsstrafen, rücksichtlich ihrer Vollstreckung, näher normirte, und in ein festes Verhältniß zu einander stellte, die Ehrenstrafen fester bestimmte, und die körperliche Züchtigung beseitigte [6]). Den Forderungen der Zeit und der Wissenschaft widersprechend erschien dagegen die Beibehaltung der Vermögensconfiscation [7]), und die bei Personen höheren Standes an Stelle der anderen Freiheitsstrafen tretende Festungsstrafe und Festungsarrest. Die übrigen allgemeinen Bestimmungen, namentlich über vorsätzliche und fahrlässige Begehung des Verbrechens, über Versuch und Vollendung, die verschiedenen Formen der Theilnahme am Verbrechen, und den Einfluß der Concurrenz der Verbrechen auf die Strafzumessung, lassen sich als das, vom Standpunkte der neueren gemeinrechtlichen Doctrin aus verbesserte und consequenter durchgeführte landrechtliche System charakterisiren, obwohl diese Verbesserungen als sehr wesentliche und tief eingreifende bezeichnet werden müssen. In Betreff der Frage, welche Handlungen als verbrecherische mit Strafe zu belegen seien, schließt sich der Entwurf ganz an das Landrecht an, da ein Bedürfniß, hierin eine irgend wesentliche Aenderung eintreten zu lassen, sich nicht herausgestellt hatte. Vortheilhaft zeichnete sich der Entwurf dagegen insofern aus, als die große Menge der polizeilichen Strafbestimmungen, der Belehrungen und Warnungen des Landrechtes fehlte, da, nach dem Plane des Grafen Dankelmann, ein zweiter Theil des Strafgesetzbuches das Polizeistrafrecht enthalten sollte. Der gesetzliche Thatbestand der einzelnen Verbrechen war richtiger, einfacher und klarer als im Landrechte bestimmt, und nicht unbedeutend waren die Abweichungen in den Strafbestimmungen. Nicht bloß, daß vermöge des klar geordneten Strafensystemes die Strafen der einzelnen Verbrechen in einem bestimmteren und richtigeren Verhältniß zu einander stehen, so war es auch durch den Wegfall der qualifizirten Todesstrafen in man-

6) Der Bodesche Entwurf hatte die körperliche Züchtigung als Schärfung und als selbständige Strafe gegen Personen der untersten Klasse beibehalten. Erst in der Umarbeitung von 1830 wurde sie beseitigt.

7) Im Bodeschen Entwurfe beseitigt, wurde sie 1830 wieder aufgenommen.

Digitized by Google

chen Fällen erforderlich, an Stelle der bisherigen Todesstrafe Freiheitsstrafe treten zu lassen, und dem gemäß, um das richtige Verhältniß herzustellen, in anderen Fällen die bisherigen Freiheitsstrafen zu ermäßigen, während umgekehrt auch manche der längst als zu gering erkannten landrechtlichen Strafen erhöht wurden. Das Streben, sich nicht ohne Noth allzuweit von der bestehenden Gesetzgebung zu entfernen, hatte aber auch manche Mängel derselben, wenn auch in beschränkterem Maße, in den Entwurf mit übergehen lassen [8]). Es zeigt sich dies besonders in seiner Stellung zur Praxis und zur Wissenschaft. Er war noch nicht frei geworden von der Sorge des Landrechtes, dem Ermessen des Richters möglichst wenig Spielraum zu gewähren, und band darum dasselbe nicht bloß an eine Reihe einzelner Strafzumessungsgründe, sondern beschränkte dasselbe auch häufig bei den einzelnen Verbrechen durch eine allzu casuistische Unterscheidung der Schuld und der Strafe. Eben so griff der Entwurf, wenn auch das Streben, die Forschungen der neueren Wissenschaft möglichst nutzbar zu machen, sehr anzuerkennen ist, doch allzu oft und zu tief in das Gebiet der Wissenschaft ein, und nahm darum nicht bloß eine Menge, lediglich der Wissenschaft zu überlassender, Unterscheidungen und Begriffsbestimmungen wieder mit auf, sondern konnte auch in den, an sich dem Gesetze angehörenden, Bestimmungen die doctrinäre Färbung nicht immer verleugnen.

Die beabsichtigte Berathung dieses Entwurfes im Staatsministerium fand nicht statt, weil schon im Jahre 1829 sich die Bedenken erhoben, daß die überhäuften Geschäfte des Staatsministeriums und des Staatsrathes, so wie der Geschäftsgang des letzteren, das Werk der Gesetzrevision durch eine Concurrenz dieser beiden Behörden allzusehr verzögern würden. Dagegen wurde, während man von 1829 bis 1833 vielfach über eine zweckmäßige Abkürzung des Revisionsverfahrens verhandelte, und als nach

8) Das von Beseler Commentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten S. 5 dem Entwurfe ertheilte Lob, daß er sich von allen dort genannten Mängeln des Landrechtes durchweg freigehalten habe, wird darum wohl einigermaßen zu beschränken sein.

Digitized by Google

dem Tode des Grafen Dankelmann Herr von Kamptz an die Spitze der Gesetzrevisions-Commission getreten war, in dessen Auftrage der Entwurf des Strafgesetzbuches durch Bode abermals umgearbeitet und 1833 als erster revidirter Entwurf mit Hinzufügung des, die Polizeistrafgesetze enthaltenden, zweiten Theiles dem Staatsministerium vorgelegt. Diesem Entwurfe folgten 1834 mehrere Nachträge, welche, nachdem der König genehmigt hatte, daß die Berathung des Entwurfes durch den Staatsrath geschehen solle, dem Entwurfe von 1833 eingefügt wurden. Hieraus, in Verbindung mit einigen Abänderungen im einzelnen, erwuchs ein zweiter „Revidirter Entwurf des Strafgesetzbuches" von 1836. Beide einander nahe verwandte Entwürfe, entstanden unter Berücksichtigung der in jener Zeit erschienenen Gesetzentwürfe von Hannover, Bayern und Würtemberg, bekunden in formeller wie materieller Beziehung einen nicht zu verkennenden Fortschritt im einzelnen. Ihren eigenthümlichen Charakter aber erhielten sie dadurch, daß Herr von Kamptz diese abermalige Revision besonders darum vorgenommen hatte, um seinen bekannten politischen Tendenzen auch hier Genüge zu leisten. Besondere Aufmerksamkeit war darum den sogenannten politischen Verbrechen zugewandt, und die Strenge ihrer strafrechtlichen Behandlung durchweg gesteigert worden. Es wurde nicht bloß beim Landesverrathe wie Hochverrathe der Versuch, sondern auch die Aufforderung vom Hochverrathe dem vollendeten Verbrechen gleich gestellt. Hierzu kamen sehr ausführliche und strenge Strafbestimmungen über das hochverrätherische Komplott, über verbotene Verbindungen, über den Gebrauch von Fahnen, Symbolen, Bändern und sonstigen Verbindungs- und Vereinigungszeichen, so wie über andere Vorbereitungshandlungen zum Hochverrath, und zwar in so weiter und unbestimmter Fassung, daß es politischer Verfolgungssucht nicht schwer werden konnte, auch die gleichgiltigste Handlung als hochverrätherisch zu charakterisiren. Der deutsche Bund wurde gegen hoch- und landesverrätherische Unternehmungen geschützt, indem nicht bloß preußische Unterthanen, sondern auch Ausländer, die sich in Preußen oder einem anderen deutschen Staate als subditi temporarii auf-

Digitized by Google

halten, wegen solcher gegen den Bund gerichteten Handlungen in Preußen als Hoch- und Landesverräther bestraft werden sollen. In gleicher Weise sollten preußische Unterthanen wegen derartiger, gegen einen anderen Bundesstaat gerichteten, Handlungen bestraft werden. Eine jede freie Meinungsäußerung in öffentlichen Angelegenheiten war dadurch abgeschnitten, daß nicht bloß Verfassung und Gesetze des Staates, sondern auch alle Behörden und einzelne Beamte, durch Strafbestimmungen gegen Tadel und Spott sicher gestellt wurden. Bemerkenswerth ist außerdem die eigenthümliche, vom früheren Entwurfe wie von der gemeinrechtlichen Doctrin abweichende, Behandlung der Tödtung und Körperverletzung, und die vom Landrechte und dem ihm folgenden ersten Entwurfe abweichende Beschränkung des Diebstahls auf das furtum rei alienae.

Um die Revision der Strafgesetzgebung ihrem Ziele schneller entgegen zu führen, wurde durch die Cabinets-Ordre vom 4. Februar 1838 den, von den Justizministern von Kamptz und Mühler gemachten, Vorschlägen über das fernerhin einzuschlagende Verfahren die königliche Zustimmung ertheilt. Hiernach wurde eine, aus den Ministern der Justiz und des Innern und Mitgliedern des Staatsrathes bestehende, Immediat-Commission eingesetzt und dieser die Revision des Entwurfes von 1836 übertragen. Eine Berathung des ganzen Entwurfes sollte im Staatsministerium nicht statt finden, wenn es diesem auch unbenommen blieb, einzelne Punkte seiner Berathung zu unterziehen. Dagegen sollte der Entwurf der Commission dem Plenum des Staatsrathes mitgetheilt werden, damit dieser, unbeschränkt in seiner Befugniß auch Anderes in Betracht zu ziehen, über die wichtigeren, allgemeinen Grundsätze, welche die Commission näher bezeichnen würde, berathe und beschließe. Die Berathungen der Commission, bei denen kurze Zeit der Geh. Ober-Revisionsrath Jähnigen, sodann der Landgerichtsrath Bischoff als Referenten thätig waren, währten vom 6. März 1838 bis zum 10. December 1842. Seit 1839 fanden gleichzeitig die Berathungen des Staatsrathes über den, ihm in einzelnen Abschnitten überwiesenen, Entwurf der Commission statt, und wurden ebenfalls im December 1842 zu Ende

Digitized by Google

geführt. Der in solcher Weise entstandene Entwurf erhielt, abgesehen von einigen Abänderungen, durch die Cabinets-Ordre vom 9. Januar 1843 die königliche Genehmigung, und wurde unter dem Titel: „Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsraths. Berlin 1843.“ der Oeffentlichkeit übergeben.

Es unterscheidet sich dieser Entwurf von dem, den Berathungen zu Grunde gelegten, von 1836 sehr bestimmt dadurch, daß hier durchgängig die erwähnten, den politischen Tendenzen des Herrn von Kamptz entsprungenen, Eigenthümlichkeiten des Entwurfes beseitigt erschienen. Wenn auch in anderen Beziehungen, zum Theile vermöge des Einflusses der in anderen deutschen Staaten erschienenen Strafgesetzbücher und Entwürfe zu solchen [9]), sich vielfache Verbesserungen und Fortschritte kund geben, so sind sie doch nicht von der Art, daß der Charakter der früheren Entwürfe wesentlich berührt worden wäre. Das Strafensystem erfuhr eine wesentliche Verbesserung durch Beseitigung der Vermögensconfiscation und öffentlichen Ausstellung, durch Zusammenfassung der durch die Ehrenstrafe zu entziehenden Rechte, und durch Aufnahme des Stellens unter Polizei-Aufsicht aus dem Code pénal. Die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen, besonders über die Zurechnungsfähigkeit und die Theilnahme am Verbrechen, waren im einzelnen vielfach verbessert. Bei der Behandlung der einzelnen Verbrechen machte sich der Fortschritt besonders in der festeren und klareren Bestimmung des gesetzlichen Thatbestandes geltend. Dagegen wurde auch in diesem Entwurfe die eigenthümliche Methode der deutschen Strafgesetzgebung im allgemeinen und der früheren preußischen Entwürfe im besonderen, nicht nur beibehalten, sondern sie trat sogar in einzelnen Punkten wiederum noch entschiedener hervor, als in diesen. Darum wird auch hier überall der allgemeine strafrechtliche Grundsatz vorangestellt, der, wo er der Schlußfolgerung aus ihm und dem

9) Die meiste Berücksichtigung scheint das Hessen-Darmstädtische Strafgesetzbuch gefunden zu haben.

Digitized by Google

Ermessen des Richters einen zu großen Spielraum gewähren würde, vom Gesetz im einzelnen näher ausgeführt und bestimmt wird, und wenn hierbei das Streben, die Mängel und Fehler des Landrechtes und der früheren Entwürfe zu vermeiden, sehr erkennbar und erfolgreich hervortritt, so ist doch die dort zu tadelnde doctrinäre Haltung des Gesetzes und die zu weit gehende Casuistik auch hier noch bei weitem nicht getilgt. Auch die unter dem Einflusse der Kamptzschen Tendenzen in den Entwurf wieder eingedrungenen sehr umfangreichen polizeilichen Bestimmungen waren beibehalten worden, und steigerten seine Verwandtschaft mit der landrechtlichen Strafgesetzgebung. Die, das richterliche Ermessen einengenden, allgemeinen und bei den einzelnen Verbrechen angegebenen besonderen Strafzumessungsgründe waren hier in besonders reichem Maße aufgenommen.

Die Veröffentlichung dieses Entwurfes hatte insofern den gewünschten Erfolg, als er das Interesse der öffentlichen Meinung und der Wissenschaft in hohem Grade erregte, und eine große Zahl von Beurtheilungen hervorrief, unter denen nicht wenige bedeutsame und werthvolle sich befanden. Wie von einem, für den größten deutschen Staat bestimmten, an sich so wichtigen und so lange und reiflich erwogenen Gesetzentwurfe nicht anders zu erwarten war, erfuhr er innerhalb und außerhalb Preußens die ganze Strenge der wissenschaftlichen Kritik. Wenn er dieser ohne Zweifel genug und zu viele verwundbare Seiten darbot, als daß man, um den Abschluß des Werkes zu fördern, hätte bereit sein können, neben dem Guten, was er enthielt, die nie völlig zu beseitigenden Mängel zu übersehen, so geschieht doch zu viel, wenn man aus diesen, zum Theil heftigen, Angriffen ein unbedingtes Verdammungsurtheil folgern will. Gerade die tüchtigsten und beachtenswerthesten, vom Standpunkte der neueren deutschen Strafrechtswissenschaft ausgehenden Kritiken waren es, die zugleich am bereitwilligsten das Gute, was durch den Entwurf geleistet war, anerkannten [10]), und denen durch Aende-

10) Z. B. Abegg Kritische Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten vom Jahre 1843. Neustadt a. d. O. 1844.

rungen und Verbesserungen im einzelnen sehr wohl genügt werden konnte, ohne die im Entwurfe gewonnene Grundlage völlig aufzugeben, oder sie in ihrem ganzen Charakter wesentlich umzugestalten. Fehlte es freilich auch nicht an Beurtheilungen, welche nicht sowohl die einzelnen Bestimmungen des Entwurfes, als vielmehr den eigenthümlichen, in ihnen sich ausprägenden Standpunkt und Charakter desselben anfochten, indem sie entweder die entschiedene Rückkehr zum Standpunkte des Landrechtes [11]), oder den Uebergang zu dem des Code pénal forderten [12]), so wird man wohl heute nicht mehr anstehen, derartige Forderungen als gleich unberechtigt anzuerkennen.

Im Widerspruche zu der früherhin vom Minister von Kamptz vertretenen Ansicht, war aber der Entwurf den im Jahre 1843 versammelten Provinzial-Landtagen zur Begutachtung vorgelegt worden, wobei denselben, um ihre Berathung den wichtigeren Punkten zuzuwenden, zugleich eine, 64 Fragen nebst Motivirung ihrer durch den Entwurf gegebenen Beantwortung enthaltende, Denkschrift übergeben wurde. Abgesehen von dem rheinischen Provinzial-Landtage, dessen Verhalten in dieser Angelegenheit noch besonders zu erwähnen ist, verbreiteten sich die übrigen in ihren Gutachten nicht bloß über jene Fragen, sondern über den ganzen Gesetzentwurf. Ueberblickt man das Ergebniß dieser ständischen Berathungen, so wird man zugeben müssen, daß es, im Vergleiche mit den tief eingreifenden und reiflichen Erörterungen und Erwägungen der Gesetzrevisions-Commission und des Staatsrathes, nur unbedeutend zu nennen ist. Freilich aber kommt es bei Beurtheilung desselben wesentlich darauf an, was man zu erwarten und zu fordern berechtigt war. Von ständischen Versammlungen, die, nur mit wenigen zufälligen Ausnahmen, aus Männern zusammengesetzt waren, denen auf dem Gebiete des

---

Temme Critik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Berlin 1843.

11) Platthner Beurtheilung des Entwurfs des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten. Berlin 1844.

12) Duden Der Preußische Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung und sein Verhalten zum Rheinlande. Bonn 1843. Zur Critik des Preußischen Strafgesetzentwurfes. Von einem Rheinischen Beamten. Aachen und Leipzig 1843.

Digitized by Google

Strafrechtes weder wissenschaftliche Befähigung, noch praktische Erfahrung in genügendem Maße zu Gebote stand, konnte in Betreff der technischen Seite der Strafgesetzgebung eine irgend bedeutsame Leistung nicht erwartet werden, obwohl doch auch in dieser Beziehung es an einzelnen treffenden Erinnerungen der Landtage nicht fehlte. Der Zweck der ständischen Berathungen konnte vielmehr kein anderer sein, als der, die gesetzgebende Thätigkeit der Regierung zu ergänzen durch ein aus dem Volke kommendes politisches Urtheil über den vorgelegten Entwurf, durch ein Urtheil über das Verhältniß desselben zu dem sittlichen und religiösen Standpunkte, dem rechtlichen und staatlichen Bewußtsein des Volkes. Es ist daher nur rühmend anzuerkennen, daß die Landtage, in richtiger Erkenntniß ihres Standpunktes, im wesentlichen sich dahin beschieden, nicht mehr als ein derartiges Urtheil abgeben zu können [13]). Hieraus erklärt sich zugleich die eigenthümliche Erscheinung, daß die Stände in den meisten an sie gerichteten Fragen und bei den meisten einzelnen Paragraphen des Entwurfes den von diesem getroffenen Entscheidungen beistimmten, und daß dennoch im ganzen der Entwurf bei ihnen eine ungünstige Aufnahme erfuhr, weil er in einzelnen, bei einer derartigen politischen Beurtheilung besonders in die Augen fallenden, Punkten den, in den ständischen Versammlungen wie in der öffentlichen Meinung herrschenden, Tendenzen widersprach. Konnte es gewiß nur heilsam sein, wenn gerade in Betreff solcher Punkte der Volksmeinung Anlaß geboten wurde, sich auszusprechen, so offenbarte sich doch auch in der großen Divergenz und in dem Kampfe der verschiedenen Meinungen die ungemeine Schwierigkeit der dem Gesetzgeber gestellten Aufgabe. Das meiste Interesse erregten in den ständischen Versammlungen wie in der öffentlichen Meinung die Bestimmungen über die anzuwendenden Strafmittel, über die politischen Verbrechen, und

13) Die Stände von Pommern sagten ausdrücklich: Hiernach hat der Landtag den vorliegenden Entwurf einer kritisch-philosophischen Beurtheilung oder wissenschaftlich juridischen Prüfung nicht unterziehen können und sich darauf beschränken müssen, an denselben die Bemerkungen zu knüpfen, welche, nach der Erfahrung, bei Anwendung der derzeitigen Strafgesetze im praktischen Leben und in der Volkssitte sich besonders geltend gemacht haben.

Digitized by Google

die Verbrechen wider die Sittlichkeit. Stimmte bei der Frage nach der Zulässigkeit der Todesstrafe zwar nur der Landtag von Posen gegen dieselbe, so stimmte dagegen in Betreff der körperlichen Züchtigung der westphälische Landtag für ihre Beibehaltung mit den im Entwurfe enthaltenen Beschränkungen, während der preußische und posensche ihre völlige Beseitigung, der brandenburgische und schlesische nicht bloß ihre Beibehaltung, sondern auch Ausdehnung auf die Frauen forderten. Während der westphälische Landtag strengere Bestrafung der Verbrechen gegen die Sittlichkeit beantragte, der pommersche und sächsische dem Entwurfe beistimmten, gingen der preußische und posensche in ganz anderer Richtung und forderten Straflosigkeit des Ehebruchs. Aehnlich war die Meinungsverschiedenheit in anderen Punkten.

Von nicht geringem Einflusse auf die ungünstige Aufnahme, welche der Strafgesetzentwurf erfuhr, war der Umstand, daß fast alle Landtage eine große Zahl von Petitionen zu begutachten hatten, in denen die wichtigsten Forderungen des politischen Liberalismus jener Zeit zusammengefaßt waren. Zu ihnen gehörte die Forderung einer neuen Strafprozeßordnung, gegründet auf das Anklageverfahren, in Verbindung mit Schwurgericht, und Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlung. Auch von Seiten der Staatsregierung war das Bedürfniß einer Revision der Criminal-Ordnung von 1805 anerkannt worden, und der hauptsächlich durch den damaligen Landgerichtsrath Bischoff bearbeitete Revidirte Entwurf der Strafprozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten war bereits 1842 dem Könige überreicht, sowie dem Staatsministerium und den Landes-Justiz-Kollegien mitgetheilt worden. Von der Criminal-Ordnung unterschied sich derselbe aber in allen wesentlichen Punkten des Verfahrens nur durch die Anordnung einer mündlichen Verhandlung und Vertheidigung vor dem erkennenden Richter. Obwohl dieser Entwurf weder veröffentlicht, noch auch den Ständen vorgelegt worden war, so glaubte man doch bei der Regierung eine entschiedene Abneigung gegen die Einführung des Schwurgerichtes voraussetzen zu dürfen, und fand diese Voraussetzung durch den Entwurf des Strafgesetzbuches insofern bestätigt, als er un-

Digitized by Google

zweifelhaft für die Verhandlung mit Geschworenen mannigfache und bedeutende Schwierigkeiten erzeugt haben würde, und darum eine solche Möglichkeit gar nicht berücksichtigt zu haben schien. Dieser von allen Seiten sich kund gebenden Tendenz der öffentlichen Meinung folgend, kamen die Landtage, mehr als in anderen Punkten, in der Forderung überein, daß ihnen eine neue Strafprozeßordnung zur Begutachtung vorgelegt werden möchte, womit sich die weitere Forderung verband, daß bis dahin die Einführung des neuen Strafgesetzbuches aufgeschoben werden möge, um vorher den Entwurf desselben, in seinem Verhältnisse zu dem erwarteten neuen Strafverfahren, prüfen zu können. Trotz des unleugbaren inneren Zusammenhanges des Strafverfahrens und des materiellen Strafrechtes, würde doch die Meinung, einen Strafgesetzentwurf nicht ohne die zugehörige Prozeßordnung genügend prüfen zu können, nicht zu entschuldigen sein, wenn nicht eben die Stände eine so tief eingreifende Umgestaltung des Strafverfahrens gewünscht und erwartet hätten, daß durch dieselbe nothwendig ein eigenthümlicher Charakter des Strafrechtes bedingt gewesen wäre [14]).

Eine viel heftigere Anfeindung, als auf allen anderen Landtagen, erfuhr aber der Strafgesetzentwurf bei den rheinischen Provinzialständen. Da dem, vor Eröffnung des Landtages zur Berathung über den Entwurf zusammenberufenen ständischen, Ausschusse nicht gleichzeitig ein Entwurf eines Gesetzes über die Competenz der Gerichte im Bezirke des rheinischen Appellationshofes vorgelegt worden war, da überdies der Strafgesetzentwurf durch die mangelnde Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen der klaren Regelung der Competenz, sowie namentlich der Verhandlung mit Geschworenen, mannigfache Schwierigkeiten darzubieten schien, so glaubte der Ausschuß, daß durch den Entwurf zugleich der Fortbestand der in der Rheinprovinz geltenden französischen Strafprozeßordnung gefährdet sei, und begann seine Berathung mit der ausdrücklichen Verwahrung: sie nur in Aussicht auf die

14) Vgl. Gutachten der Provinzial-Landtage über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. Leipzig 1841.

Digitized by Google

unveränderte Beibehaltung der bestehenden Criminalordnung, nur aus Pflichtgefühl, und indem er jede Verantwortlichkeit und jedes Präjudiz von sich ablehne, vorgenommen zu haben. Gleichzeitig entwarf er, in Rücksicht auf das bestehende Strafverfahren und die von ihm beantragten Aenderungen des Strafgesetzbuches, ein eigenes Competenz-Reglement, und beschloß auch späterhin, als ihm das von der Regierung entworfene Gesetz über die Competenz mitgetheilt wurde, die so begonnene Arbeit in gleicher Weise zu Ende zu führen. Aber auch abgesehen von der vermeintlichen, dem Strafverfahren drohenden, Gefahr glaubte der Ausschuß sich gegen die Einführung eines neuen Strafgesetzbuches aussprechen zu müssen, theils, weil für die Rheinprovinz das Bedürfniß solcher Aenderung nicht bestehe, theils, weil aus dem geschlossenen Systeme der französischen Gesetzgebung kein Pfeiler herausgebrochen werden könne, wenn nicht das ganze Gebäude in allen seinen Theilen erschüttert werden solle. Nur die zu große Strenge einzelner Strafbestimmungen wurde als ein leicht zu beseitigender Fehler des Code pénal anerkannt, während es ganz unbeachtet blieb, daß er die gerühmte Einfachheit, Klarheit und Bestimmtheit seiner Anordnungen nur mit schweren, der Gerechtigkeit und der gerechten Beurtheilung des Verbrechens auferlegten, Opfern erkauft hatte. So gewiß das Strafgesetzbuch nur Rechtsgrundsätze und nicht doctrinäre Begriffsbestimmungen enthalten soll, so gewiß es darum Einfachheit seiner Anordnungen erstreben, sich auf das Allgemeine beschränken und die logische Entwickelung des Besonderen und Einzelnen aus dem Allgemeinen möglichst der Wissenschaft und der richterlichen Thätigkeit überlassen soll, so gewiß darf diese Einfachheit nicht damit erkauft werden, daß man die mannigfachen Unterschiede der verbrecherischen Schuld möglichst leugnet und durch das Gesetz ihre Berücksichtigung abschneidet. Eben so ist es freilich nicht allzu schwierig, den gesetzlichen Thatbestand der strafbaren Handlungen klar und scharf zu fassen, wenn man, statt ihn so allgemein zu bestimmen, daß er, einerseits scharf begrenzt, andererseits doch die mannigfach verschiedenen Begehungsformen des Verbrechens zu umfassen vermag, ihn vielmehr möglichst individuell bestimmt.

Digitized by Google

Die Folge davon wird aber in der Praxis unvermeidlich die sein, theils daß Handlungen, bei denen die verbrecherische Schuld eine höchst verschiedene ist, unter dieselbe Strafe zusammengefaßt werden müssen, theils daß Handlungen, welche in Betreff der Schuld und Strafbarkeit an sich einander fast gleich stehen, in der Bestrafung weit von einander getrennt werden. Daß die Wunden, welche durch eine so gestaltete Strafgesetzgebung täglich der wahren Gerechtigkeit geschlagen wurden, vom Volke unbeachtet blieben, weil sie durch eine wohlgeordnete, strenge Handhabung des formellen Rechtes, und die großen Vorzüge, welche der Code pénal der praktischen Handhabung der Strafgerechtigkeit unleugbar darbietet, verdeckt wurden; daß die öffentliche Meinung an der Vortrefflichkeit der französischen Strafgesetzgebung festhielt und nur deren Strenge zu tadeln wußte, die freilich nicht durch Minderung der einzelnen Strafen, sondern nur durch eine völlige Umgestaltung zu beseitigen gewesen wäre, ist leicht erklärlich. Diese Befangenheit in den Anschauungen einer, seit einem Menschenalter geltenden, Gesetzgebung, die man, nicht bloß um ihrer selbst und ihres inneren Werthes willen, mit Eifersucht gegen Eingriffe zu bewachen gewohnt war, in Verbindung mit dem Mißtrauen gegen die Absichten der Regierung in Betreff des Strafverfahrens, bestimmten den ganzen Charakter der Berathungen des ständischen Ausschusses und des Landtages selbst [15]). Die Berathungen des Ausschusses erstreckten sich nicht bloß über die von der Regierung gestellten Fragen, sondern über den ganzen Entwurf, der, so weit dies durch eine bloße Amendirung möglich war, möglichst dem Standpunkte des französischen Strafrechtes entsprechend umgestaltet wurde. Der Landtag selbst, mit dem Verfahren und den Beschlüssen des Ausschusses völlig einverstanden, begnügte sich damit, das Hauptresultat derselben in 30 Positionen zusammenzufassen, und diese, nebst dem vom Ausschusse amendirten Entwurfe, dem Könige mit der Bitte vorzulegen, die

15) Eine dem Landtagsabschiede beigelegte Denkschrift der Justizminister Mühler und von Savigny unterwarf sowohl das Verhalten des Landtages, als auch die, vermeintlich einer wesentlichen Verbesserung nicht bedürftige, französische Strafgesetzgebung einer strengen, aber gerechten Kritik.

Digitized by Google

Ausarbeitung eines neuen Entwurfes des Strafgesetzbuches auf Grund der rheinischen Gesetzgebung und der betreffenden Berathungsprotokolle des rheinischen Landtages, anordnen zu wollen [16]).

Das umfangreiche, durch die Begutachtung des Entwurfes Seitens der Wissenschaft und der Stände gewonnene, Material wurde durch königliche Cabinets-Ordre vom 24. November 1843 dem Justizminister von Savigny mit dem Auftrage überwiesen, dasselbe zu prüfen und die hiernach nöthig erscheinenden Abänderungen des Entwurfes bei der zur Revision des Strafrechtes ernannten Staatsraths-Commission zu beantragen, welche ihrerseits den revidirten Entwurf dem Plenum des Staatsrathes vorlegen sollte. Das Ergebniß dieser Prüfung, eines Werkes des Geh. Justizrathes Bischoff, war der Revidirte Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten. Vorgelegt von dem Ministerium der Gesetz-Revision. Berlin 1845. Den inneren Werth dieser Prüfung giebt der Entwurf selbst genügend zu erkennen, der allerdings in vielen Beziehungen sich von dem Entwurfe von 1843 sehr vortheilhaft unterscheidet. Der Einfluß der Standesverschiedenheit auf die Anwendung der Strafmittel war dadurch beseitigt, daß die Festungsstrafe ganz aufgegeben war und die Festungshaft als Surrogat der Strafarbeit und Gefängnißstrafe nur eintreten sollte, wo diese Strafen nach der Persönlichkeit und Beschaffenheit der That zu hart erscheinen würden. Die körperliche Züchtigung war ganz beseitigt. Die Grundsätze über Zurechnung, Versuch und Vollendung, Theilnahme am Verbrechen, über die Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen oder tilgen, waren bedeutend vereinfacht, schärfer und weniger doctrinär bestimmt. Die allgemeinen Strafzumessungsgründe waren aufgegeben. Die strafrechtliche Behandlung der einzelnen Ver-

16) Wenn Beseler a. a. O. S. 9 und Goltdammer a. a. O. S. XII berichten, der rheinische Landtag habe einen neuen Entwurf nebst Motiven vorgelegt, so ist dies ein Irrthum, da er eben nur den Regierungsentwurf amendirte und ausdrücklich hinzufügte, daß der so amendirte Entwurf nicht als der Text, sondern nur als beiläufiger Umriß eines Strafgesetzes angesehen werden solle. Vgl. Verhandlungen des siebenten Rheinischen Provinzial-Landtages. S. 28. Coblenz 1843.

Digitized by Google

brechen war dadurch sehr vereinfacht worden, daß man die gesetzlichen Abstufungen der Strafe, welche nicht in einem, den Charakter des Verbrechens wesentlich modifizirenden, Momente, sondern nur in der individuellen Verschiedenheit der Schuld bei Begehung desselbigen Verbrechens ihren Grund haben, möglichst vermied. Die Bestimmungen über die Polizeivergehen waren aus den übrigen strafrechtlichen Bestimmungen ausgeschieden und in einem besonderen Abschnitte, der diese Vergehen als Uebertretungen bezeichnet, zusammengestellt.

Bei der, innerhalb der Staatsraths-Commission in den Jahren 1845 und 1846 statt findenden Prüfung des Entwurfes hatte der Justizminister von Savigny zunächst den Plan einer einheitlichen Strafgesetzgebung für den ganzen preußischen Staat zu vertreten gegen die Tendenz derer, welche, gestützt auf das sehr verschiedenartige Ergebniß der ständischen Begutachtung des Entwurfes, diesen Plan verwarfen, und sich auf eine Verbesserung der in den einzelnen Landestheilen geltenden Strafgesetzgebung beschränken wollten. Die Prüfung selbst bewirkte keine tiefer eingreifende Aenderung des Entwurfes, sondern beschränkte sich hauptsächlich auf eine genauere Redaktion. Bevor aber der, von der Commission dem Plenum des Staatsrathes vorgelegte, Entwurf von 1846 von diesem geprüft werden konnte, ordnete eine königliche Cabinets-Ordre eine nochmalige Erörterung einzelner Punkte innerhalb der Commission an. Da, durch Geh. Rath Ruppenthal veranlaßt, zugleich nochmals die Frage nach dem Verhältnisse des Entwurfes zur rheinischen Straf- und Prozeß-Gesetzgebung in Betracht gezogen wurde, so erstreckten sich diese nachträglichen Verhandlungen abermals über den gesammten Entwurf und wurden, zur Erledigung jener Frage, unter Betheiligung von vier rheinischen Juristen vorgenommen. Das Ergebniß war der Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten nebst dem Entwurfe des Gesetzes über die Einführung des Strafgesetzbuches und dem Entwurf des Gesetzes über die Kompetenz und das Verfahren in dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln. Berlin 1847.

Im Vergleiche zu dem Entwurfe von 1845 zeigte dieser sehr bedeutsame Aenderungen, welche keineswegs durchgängig als Verbesserungen zu bezeichnen sind, und namentlich den einheitlichen Charakter des Entwurfes von 1845 zerstörten. Hatte dieser, veranlaßt durch das Gutachten der rheinischen Stände, bereits vielfach das französische Strafrecht berücksichtigt, so war es doch in einer Weise geschehen, durch welche sein eigenthümlicher, deutschrechtlicher Charakter nicht berührt wurde. Nicht das Gleiche läßt sich von dem neuen Entwurfe sagen, welcher in weit höherem Maße, obwohl immer noch nicht allen Forderungen der rheinischen Juristen entsprechend, namentlich im besonderen Theile, Elemente des französischen Rechtes aufgenommen hatte. Mag manche dieser Bestimmungen, an sich betrachtet, wohl Anerkennung verdienen, wie es dem Entwurfe auch in anderen Beziehungen nicht an erheblichen Verbesserungen gebrach, so zeigte er doch andererseits auch Rückschritte, welche besonders in dem Strafensysteme sehr auffällig waren. Die Todesstrafe sollte durch Ausstellung des Kopfes und Abhauen der Hand nach der Hinrichtung geschärft werden. Die körperliche Züchtigung war, wenn nicht als selbständiges Strafmittel, so doch als Schärfung der Zuchthausstrafe gegen früher zum Verlust der Ehrenrechte Verurtheilte, wieder hergestellt. Für Hoch- und Landesverrath und Desertion war die Strafe der Vermögensconfiscation wieder aufgenommen worden. Mit der Gefängnißstrafe wurden Schmälerung der Kost, hartes Lager, einsame Haft als Schärfungsmittel verbunden.

Abweichend von der früher angeordneten Berathung des Entwurfes durch das Plenum des Staatsrathes wurde dem damals nach Berlin berufenen Vereinigten Landtage durch königliche Botschaft vom 24. Juni 1847 mitgetheilt, daß die schließliche Berathung des Strafgesetzbuches von dem Vereinigten Ständischen Ausschusse vorgenommen werden solle. Trotz der Zweifel, welche vielfach gegen die verfassungsmäßige Competenz des Ausschusses erhoben wurden, trat derselbe am 17. Januar 1848 zu Berlin zur Berathung zusammen, nachdem schon vorher eine vorbereitende Abtheilung ihre Arbeiten begonnen hatte. In, zum Theil glänzenden und auf den Gegenstand

Digitized by Google

tief eingehenden, Debatten erfuhr hier der Entwurf vielfache und heftige Angriffe, und namentlich waren es auch jetzt, wie bei den ständischen Berathungen von 1843, die das politische Parteiinteresse berührenden und die öffentliche Meinung bewegenden Fragen, welche die meisten Erörterungen hervorriefen. Die bedeutsamsten Modificationen erfuhr durch die Beschlüsse des Ausschusses das Strafensystem, indem die Schärfung der Todesstrafe, die Vermögensconfiscation, die körperliche Züchtigung verworfen und die Ehrenstrafen durch Zusammenfassung aller zu entziehenden Ehrenrechte und Beifügung der zeitigen Untersagung der Ausübung der Ehrenrechte wesentlich modificirt wurden. Durch das Entgegenkommen der Regierung wurde es überdies möglich, jetzt die Dreitheilung aller strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen in den Entwurf einzuführen. Im übrigen waren die vom Ausschusse beantragten Abänderungen von keiner prinzipiellen Bedeutung. Schließlich aber, und obwohl der Regierungscommissarius gleich Anfangs die Einführung eines öffentlichen und mündlichen Strafverfahrens in allen Provinzen des Staates verheißen hatte, um dem ständischen Ausschusse wenigstens im allgemeinen die Berücksichtigung des künftigen Strafverfahrens bei seinen Berathungen möglich zu machen, beantragte der Ausschuß doch, gleich den Provinzial-Landtagen, die Publikation des Strafgesetzbuches so lange aufzuschieben, bis vom Vereinigten Landtage eine neue Criminalordnung berathen sein werde [17]).

Von Seiten der wissenschaftlichen Kritik hatte der Entwurf von 1847 weniger Beachtung erfahren als der von 1843, was sich wohl daraus erklärt, daß er kein völlig neues Werk war, und eines Theils den früher gestellten Forderungen der Kritik genügt hatte, anderen Theils diese nur zu wiederholen gewesen wären. Auch jetzt waren übrigens diese wissenschaftlichen Urtheile sehr verschieden, je nachdem sie vom Standpunkte der deutschen oder französischen Rechtsanschauung ausgingen [18]).

17) Vgl. Bleich Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammenberufenen Vereinigten Ständischen Ausschusses. Berlin 1848. 4 Bde.

18) Vgl. Temme Zur Kritik des Entwurfes des Strafgesetzbuches für die

Digitized by Google

Nachdem in den Jahren 1848 und 1849, vermöge der eingetretenen politischen Ereignisse, der Strafgesetzentwurf liegen geblieben war, wurde 1850 im Justizministerium eine nochmalige Revision desselben vorgenommen. Abgesehen von dem zu berücksichtigenden Gutachten des Vereinigten Ständischen Ausschusses, wurden durch die Umgestaltung der Verfassungszustände, der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens mancherlei Aenderungen und Zusätze bedingt. Außerdem erfuhr der Entwurf aber auch noch in anderen Punkten einzelne wesentliche Modificationen. Im Strafensysteme wurde nicht bloß den Anträgen des Vereinigten Ausschusses genügt, sondern es wurde auch die Strafe der Strafarbeit und die Surrogatstrafe der Festungshaft beseitigt und die Strafe der Einschließung an ihre Stelle gesetzt. Die Bestimmungen über Versuch und Vollendung, über Theilnahme am Verbrechen und über die Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen, wurden überwiegend im Sinne des Code pénal umgestaltet. Im besonderen Theile wurden namentlich die Bestimmungen über Hoch- und Landesverrath, über Verbrechen in Bezug auf die Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte, über Verletzungen der Ehre, und über Fälschung bedeutsam umgestaltet und auch hier mehrfach nach Maßgabe des Code pénal. Das Ergebniß war der Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten. Berlin 1851, welcher nebst Motiven veröffentlicht und am 3. Januar 1851, nebst dem Entwurfe des Einführungsgesetzes, der zweiten Kammer zur Berathung vorgelegt wurde. Zur Vorberathung wurde eine Commission von 21 Mitgliedern ernannt, deren Abänderungsvorschläge theils von der Regierung gebilligt wurden, theils durch eine Verständigung mit dieser ihre Erledigung fanden. In der Sitzung vom 27. März 1851 nahm die Kammer, auf den Antrag der

---

Preuß. Staaten. Berlin 1848. Abegg Bemerkungen über den Entwurf u. s. w. im Archiv des Criminalrechts Jahrg. 1848. S. 1—129. Böcking Bonner Briefe über den Entwurf des Strafgesetzbuches u. s. w. Bonn 1848. Leue Bemerkungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches. Leipzig 1848. Vielfache Anfechtung erfuhren, besonders in der Rheinprovinz, auch die Bestimmungen über die Verbrechen der Geistlichen. Vgl. Walter Ueber die Verbrechen der Geistlichen nach dem Entwurfe des preuß. Strafgesetzbuches. Bonn 1848.

Digitized by Google

Commission, ohne auf die specielle Discussion einzugehen, den ganzen Gesetzentwurf in erster, und in der Sitzung vom 5. April in zweiter Abstimmung an. Die erste Kammer hatte den Gesetzentwurf der Commission für die Rechtspflege zur Vorberathung überwiesen, welche in gleicher Weise den Antrag stellte: den Entwurf, wie derselbe aus den Berathungen der zweiten Kammer hervorgegangen, in allen seinen Theilen unverändert anzunehmen. Diesem Antrage gemäß entschied sich die Kammer in der Sitzung vom 12. April 1851.

Die Veränderungen, welche der Entwurf in diesem letzten Stadium der Berathung erfahren hatte, waren zwar sehr vielfache, aber zum größten Theile nur solche, welche sich auf die Redaktion bezogen. Die materiellen Aenderungen waren im allgemeinen Theile nicht unwichtig in den Titeln vom Versuche, der Theilnahme, vom Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und vom Rückfalle, indem hier die überwiegend französisch rechtlichen Bestimmungen wieder etwas mehr der deutschen Rechtsanschauung genähert wurden; im besonderen Theile beziehen sie sich vorzüglich auf einzelne Abänderungen und Zusätze, durch welche der Thatbestand der Verbrechen und Vergehen schärfer bestimmt werden sollte [19]).

Am 14. April 1851 erfolgte die königliche Sanction, und darauf die Publikation, nach welcher das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten am 1. Juli 1851 im ganzen Umfange der Monarchie in Kraft trat. Nur in den beiden Fürstenthümern Hohenzollern blieb die Gesetzeskraft noch bis zum 1. Januar 1852 suspendirt.

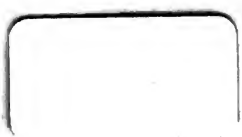
---

19) Vgl. Verhandlungen der Ersten und Zweiten Kammer über die Entwürfe des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten und das Gesetz über die Einführung desselben. Berlin 1851. Eine wissenschaftliche Beurtheilung erfuhr der Entwurf von 1851 nur durch Abegg im zweiten Beilageheft zum Archiv des Criminalrechts. Jahrg. 1851.

Digitized by Google

Druck von Carl Georgi in Bonn.

Digitized by Google



Digitized by Google